

Retting som mangelsbeføyelse

Særlig om rettepliktenes utstrekning og mislighold av retteplikten i
tilvirkningskontrakter

Kandidatnummer: 751

Leveringsfrist: 25.april 2013

Antall ord: 17 479



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Valg av standardkontrakter.....	4
1.4	Begrepsbruk.....	5
1.5	Metode og rettskildebilde	6
1.5.1	Forholdet til bakgrunnsretten	6
1.5.2	Bruk av ”forarbeider”?	8
1.5.3	Rettspraksis	9
1.5.4	Litteratur.....	10
2	RETTEPLIKTENS INNHOLD OG OMFANG	11
2.1	Misligholdssystemet	11
2.1.1	Formål	11
2.1.2	Utviklingslinjer	12
2.2	Utbedringsansvaret	15
2.2.1	Rettspolitiske hensyn	15
2.2.2	Oversikt over bakgrunnsretten; kjøp, tilvirkning og entreprise	16
2.2.3	Defensiv kontra offensiv misligholdsbeføyelse	18
2.2.4	Rettekrav etter garantivilkår.....	21
2.3	Grunnvilkår.....	24
2.3.1	Krav om mangel	24
2.3.2	Krav om spesifisert reklamasjon?	24
2.3.3	Misforholdsbegrensningen	26
2.4	Rettepliktens nærmere innhold.....	34
2.4.1	I hvilken grad skal mangelen utbedres?	34
2.4.2	Reparasjonssted.....	37

2.4.3	Transportkostnader.....	38
2.5	Økonomisk innhold	39
2.5.1	Kostnadsfri retting.....	39
2.5.2	Aksessoriske kostnader	41
2.5.3	Andre utgifter	43
2.6	Tidsmessige grenser	43
2.6.1	Rettefrist	43
2.6.2	Hva ligger i begrepet ”rimelig tid”?	46
3	RETTSVIRKNINGER AV MISLIGHOLDT RETTEPLIKT.....	48
3.1	Oversikt	48
3.2	Iverksettelse av andre sanksjoner?	50
3.3	Ansvarsbegrensninger	51
3.3.1	Behovet for regulering	51
3.3.2	Ansvarsreguleringen i standardkontraktene	52
3.4	Sensur av ansvarsbegrensninger	54
3.4.1	Oversikt	54
3.4.2	Gyldigheten av ansvarsfraskrivelser	55
3.4.3	Unntak – forsett og grov uaktsomhet	58
3.5	Kan standardkontraktenes ansvarsfraskrivelser og begrensninger settes til side?	61
3.5.1	Rimelighetsvurderingen	61
3.5.2	Prinsippet i ND 1979 s. 231 Wingull	64
4	KILDER	72

1 Innledning

1.1 Tema

Det er et generelt obligasjonsrettslig prinsipp at kontrakter skal oppfylles etter sitt innhold¹. Det forekommer likevel unormale forløp hvor kontrakten ikke oppfylles som nevnt². Kontraktsbrudd foreligger når en kontraktspart faktisk ikke oppfyller sine kontraktsplikter som han skal, uten å kunne vise til at dette skyldes forhold den annen part har risikoen for³.

Fabrikasjons- og entreprisekontraktenes system av mangelsbeføyelser, gjenspeiler med tydelighet at bestillerens primære interesse normalt ligger i å møte leverandørens mislighold med sanksjoner som sikrer kravet på naturaloppfyllelse. Som en naturlig forlengelse av leverandørens ytelsesplikt etter kontrakten er derfor leverandørens plikt til å foreta mangelsutbedring, den primære misligholdsbeføyelse⁴.

Temaet for denne avhandlingen er retting av mangler – en fremstilling av rettepliktens innhold og omfang, samt rettsvirkninger av misligholdt retteplikt. For å belyse ulike sider av retteplikten, har jeg tatt utgangspunkt i et utvalg tilvirkningskontrakter⁵ hvor utbedring av mangler står sentralt.

De utvalgte kontraktene regulerer henholdsvis fabrikasjon av større komponenter for petroleumsvirksomheten på norsk sokkel⁶, bygg- og anleggsarbeider på landjorden og levering og montering av maskiner og annen (mekanisk, elektrisk og elektronisk) utrustning til verkstedindustrien. Som vi skal se, har leverandøren i disse kontraktene et objektivt ansvar

¹ Tapper (1983) s. 205

² Hagstrøm (2009) s. 314

³ Kaasen (2006) s. 581

⁴ Tapper (1983) s. 205

⁵ Se pkt. 1.3

⁶ Kaasen (2006) s.19

for å levere ytelsen i kontraktsmessig stand. Foreligger det en mangel, har han følgelig en plikt til å utbedre denne. Mens rettingen pågår, fremstår de øvrige misligholdsbeføyelsene som subsidiære. Formålet med retting er jo nettopp å fjerne mangelen, og dermed redusere bestillerens øvrige misligholdskrav⁷.

Som følge av at retting i de utvalgte tilvirkningskontraktene suspenderer andre misligholdskrav, skiller kontraktenes sanksjonssystem seg fra kjøpslovens tradisjonelle mangelsregulering. Gjennom sine regler om hevning, prisavslag og erstatning tok kjøpsloven av 1907 sikte på å holde kjøperen økonomisk skadesløs. Vedtakelsen av den nye kjøpsloven i 1988 brakte kjøpsretten noe mer på linje med kontraktspraksis for tilvirkningskontrakter, og bidrar derfor til å legge grunnlag for en mer alminnelig behandling av slike kontrakter⁸.

Jeg vil foreta en sammenlignende analyse av standardkontraktenes bestemmelser om retting, og ønsker med dette å vise at det foreligger både like og mindre like vilkår når det kommer til kontraktenes regulering av retteplikten. Men vil ulike formuleringer av kontraktsvilkårene nødvendigvis innebære ulike rettslige løsninger? Denne, og andre sentrale problemstillinger i tilknytning til retteplikten utstrekning, drøftes i kapittel 2.

I forlengelsen av retteplikten nærmere innhold og rekevidde, vil jeg se nærmere på hvilke følger som kan inntre der retteplikten misligholdes, se kapittel 3. Mangelsutbedringens dominerende plass i fabrikasjons-, entreprise-, og maskinleveransekontraktene skyldes nemlig ikke bare den uttrykkelige *plikt* leverandøren har til å utbedre der dette forlanges av bestilleren. Dertil kommer at de øvrige misligholdsbeføyelsene i stor utstrekning vil være betinget av at leverandøren har oversittet en frist for utbedring. Konsekvensen av en slik regulering er at leverandøren i visse tilfelle vil kunne få en utbedringsrett, og således avskjære

⁷ Hagstrøm (2009) s. 393

⁸ Tapper (1983) s. 205 og Tørum (2010) s. 457

bestilleren fra å gjøre ytterligere sanksjoner gjeldende, eventuelt begrense omfanget av de øvrige reaksjoner⁹.

1.2 Avgrensninger

Som følge av at mangelsbegrepet ikke vil være aktuelt før levering, avgrenses temaet mot forsinkelsessituasjonene. Riktignok vil det kunne oppstå mangler også i denne fasen, og med den konsekvens at kontraktsgjenstanden ikke leveres i tide. Plikten til å rette opp slike feil følger imidlertid ikke av mangelsbestemmelsene, og tiltakene er heller ikke å anse som ”utbedringer” slik begrepet er å forstå i standardkontraktene¹⁰.

Videre avgrenser jeg mot andre misligholdsbeføyelser. Retting av mangler er den primære mangelsbeføyelse i de utvalgte tilvirkningskontraktene. Og mens rettingen pågår, blir de alternative sanksjonene subsidiære; enten fordi anvendelsen av dem er betinget av at utbedring er forsøkt, eller fordi bestilleren rent praktisk ikke kan gjøre bruk av dem før utbedringen har slått feil¹¹.

Verken prisavslag eller hevning vil bli gjennomgått i den følgende. Det er likevel nødvendig å si litt om erstatning som mangelsbeføyelse. Dette fordi de utvalgte kontraktene i utgangspunktet gir bestilleren en rett til erstatning der leverandøren ikke oppfyller sin rettelikhet som avtalt.

Jeg har også valgt å avgrense mot bestillerens mislighold av kontrakten. Bestilleren har selvsagt også plikter i kontraktsforholdet, men brudd på disse vil ikke bli diskutert i denne avhandlingen. Det er således leverandørens utbedringsansvar for mangler som skal drøftes i det følgende.

⁹ Tapper (1983) s. 206

¹⁰ Kaasen (2006) s. 631

¹¹ Askheim mfl. (1994) s. 21

Den videre fremstilling forutsetter både at levering har skjedd og at det foreligger en mangel. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn mangelsvurderingen som sådan.

Det forutsettes også at rettidig og korrekt utført reklamasjon har funnet sted, i henhold til de utvalgte kontraktenes reklamasjonsregler.

1.3 Valg av standardkontrakter

Samtlige standarder er valgt med den begrunnelse at retting er den primære misligholdsbetydelse mot mangler i disse typer kontrakter, samt at de innenfor sine respektive områder er svært utbredte. De er dessuten sentrale eksempler på ulike typer tilvirkningsforhold. Samtlige av kontraktene er typiske ”agreed documents”. De er utformet etter forhandlinger mellom profesjonelle parter, og danner en viss garanti for at det er en grunnleggende balanse mellom partsinteressene i kontrakten¹².

Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007 (NF 07), utarbeidet i samarbeid mellom Teknologibedriftenes Landsforening (TBL), Norsk Hydro ASA og Statoil ASA for fabrikasjon av større komponenter til petroleumsvirksomheten på norsk sokkel¹³.

Norsk Totalkontrakt (NTK 07), utarbeidet i samarbeid mellom Teknologibedriftenes Landsforening (TBL), Norsk Hydro ASA og Statoil ASA, spesielt tilpasset leveranser som har et betydelig omfang og som inneholder prosjektering, innkjøp og eventuelt installasjon¹⁴.

¹² Simonsen (1999) s. 312

¹³ Kaasen (2006) s. 19

¹⁴ Kaasen (2006) s. 19

Norsk Standard NS 8405 (2.utgave 2008), bygge- og anleggskontrakt for landbaserte oppdrag, utarbeidet av Standard Norge.

NLM 94, alminnelige betingelser for levering og montering av maskiner, samt annet mekanisk, elektrisk og elektronisk utrustning i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige. Utarbeidet av Hovedorganisationen Dansk Industri, Danmark, Metalliteollisuuden Keskussliitto – Metallindustriens Centralförbund r.y., Finland, Teknologibedriftenes Landsforening (TBL), Norge, samt Sveriges Verkstadsindustrier, Sverige.

Når det gjelder forholdet mellom NF 07 og NTK 07, må det bemerkes at kontraktsvilkårene i disse standardene er svært likt utformet. Der det er hensiktsmessig, vil jeg derfor behandle dem samlet.

1.4 Begrepsbruk

Begrepene ”retting” og ”utbedring” har en sentral rolle i denne avhandlingen. Hvorvidt man vil benytte seg av det ene eller det annet begrep, kan til en viss grad være en smaksak. Jeg har valgt å bruke begrepene noe om hverandre, da jeg mener det skaper bedre flyt i teksten og et mer variert språk. Tradisjonelt sett har likevel ”retting” vært mest anvendt innenfor alminnelig kjøpsrett, mens ”utbedring” er det sentrale begrepet innen entrepris og fabrikasjon.

Videre har jeg valgt å bruke samlebetegnelsen ”standardkontrakter” der hvor det er hensiktsmessig å vise til de utvalgte kontraktene som en enhet.

Når det gjelder kontraktspartene, benyttes følgende begreper i originaltekstene: ”Selskap” og ”Leverandør” i NF 07/NTK 07, ”Byggherre” og ”Entreprenør” i NS 8404 og ”Kjøper” og ”Leverandør” i NLM 94. Disse begrepsparene benyttes der det refereres direkte til kontraktsvilkårene. Der det ellers er fornuftig, bruker jeg fellesbetegnelsen ”leverandør” som representant for selgersiden, og ”bestiller” som representant for kjøpersiden.

Der det henvises til bakgrunnsretten benyttes termene ”kjøper og ”selger”, samt ”debitor” og ”kreditor”.

1.5 Metode og rettskildebilde

Denne avhandlingen er basert på alminnelig juridisk metode. Bruken av rettskilder ved tolkning av fabrikasjons- og entreprisekontrakter skiller seg imidlertid en del fra den tradisjonelle rettskildebruken vi ser ved lovtolkning. Det er derfor hensiktsmessig å gi en kort oversikt over rettskildebildet ved tolkning av slike kontrakter.

1.5.1 Forholdet til bakgrunnsretten

Det rettskildemessige utgangspunkt for de nevnte kontraktsforhold er standardkontraktene selv og ordlyden i disse. Men på tross av at kontraktene er meget omfattende og følgelig regulerer de fleste sider ved forholdet mellom partene, vil det selvsagt være situasjoner hvor kontraktsvilkårene ikke løser det aktuelle problem. Da oppstår spørsmålet om hvilken bakgrunnsrett man kan trekke på – og mer spesifikt – hvilke holdepunkter man har i standardenes forhistorie for tolkning og utfylling av dens bestemmelser¹⁵.

Det første som må kommenteres, er standardkontraktenes forhold til kjøpsloven. Kan disse kontraktene falle inn under lovens deklarasjoniske bestemmelser?

På den ene side, må kjøpsloven i en rekke situasjoner oppfattes som uttrykk for en mer generell bakgrunnsrett, slik at loven på *dette* grunnlag under enhver omstendighet kan anses relevant. På den annen side, er ikke loven på noen måte preseptorisk i de fabrikasjons- og entrepriseforhold det her er tale om jf. lovens § 3 jf. § 4. Og dersom loven i prinsippet anvendes, vil den måtte vike for avtale og etablert praksis mellom partene (jf. § 3)¹⁶.

¹⁵ Kaasen (2012) s. 42

¹⁶ Kaasen (2012) s. 42

Heller ikke andre kjøpsrettslige lover vil være direkte relevante her. Avhendingsloven gjelder bare for fast eiendom¹⁷, og håndverkertjenesteloven gjelder bare forbrukerforhold¹⁸. Det samme gjelder bustadoppføringslova¹⁹. Det sentrale er likevel at samtlige av disse lover bidrar til den alminnelige kontraktsrett – og dermed også til bakgrunnsretten²⁰.

Både NF 07/NTK 07, NS 8405 og NLM 94 regulerer tilvirkningsoppdrag. Det avgjørende for om kjøpsloven gjelder for dem, er derfor om bestilleren skal ”skaffe en vesentlig del av materialet”²¹. I praksis vil bestilleren i slike kontraktsforhold alltid levere deler av materialer og utstyr som skal inngå i kontraktsgjenstanden. Omfanget av leveransene vil derimot variere, blant annet som følge av ulike særtrekk ved prosjekt, kontraktsgjenstanden selv og ”kontraktsfilosofien”. Hovedsynspunktet synes likevel å være at bestilleren i disse kontraktene *ikke* skaffer en vesentlig del av materialene. Dette taler således *for* at kontraktene faller inn under kjøpsloven²².

På den annen side er entreprisekontrakter uttrykkelig unntatt fra loven²³, og leverandørens plikter etter de utvalgte standardkontraktene, ligger praktisk sett nærmere entreprenørens enn den ordinære selgers. Dette forhold taler således *mot* å anvende kjøpsloven som bakgrunnsrett, og da særlig overfor NF 07/NTK 07 som er beregnet på byggeprosjekter offshore. Som følge av svært komplekse konstruksjoner og installasjoner, krever disse prosjektene særlig tilpasset regulering dersom problemer skulle oppstå. Prosjekter og leveran-

¹⁷ Jf. lovens § 1-1

¹⁸ Jf. lovens §§ 1 og 2

¹⁹ Jf. lovens § 1 (1)

²⁰ Kaasen (2012) s. 42

²¹ Jf. kjl. § 2 (1) første pkt.

²² Kasen (2012) s. 44

²³ Jf. kjl. § 2 (1) annet pkt.

ser etter henholdsvis NS 8405 og NLM 94 synes i denne sammenheng å ligge noe nærmere det alminnelige tilvirkningskjøp, som kjøpsloven utvilsomt gjelder for jf. § 2 (1)²⁴.

Det er altså noe usikkert hvorvidt kjøpsloven gjelder som bakgrunnsrett for de utvalgte standardkontraktene, men konklusjonen må trolig bli at den gjør det. På den annen side er kjøpsloven i disse tilfellene uansett deklatorisk og kontraktene meget omfattende. Den praktiske betydningen av at loven gis anvendelse, kan derfor hevdes å være begrenset.

Kjøpsloven vil likevel oppfattes som uttrykk for mer generelle kontraktsrettslige prinsipper som kan gis analogisk anvendelse ved tolkning og utfylling av kontraktene²⁵. Dette antas for øvrig å gjelde også for annen kontraktsregulerende lovgivning.

1.5.2 Bruk av "forarbeider"?

Partsviljen er normalt sett en sentral faktor ved tolkning og utfylling av kontrakter²⁶. Ved fremforhandlede kontrakter som NF/NTK, NS og NLM reiser imidlertid dette enkelte problemer. Sammenlignet med alminnelige lover, har ikke disse kontraktene noen forarbeider slik begrepet er å forstå i tradisjonell rettskildemessig forstand.

På fabrikkasjonskontraktenes område finnes det imidlertid såkalte møtereferater fra partenes forhandlinger, og det kan argumenteres for at disse gir uttrykk for en viss partsvilje. På den annen side gjengir disse referatene stort sett bare stadiene i forhandlingene, og ikke enkeltheter i de begrunnelser partene fremførte for sine standpunkter eller eventuelt samlet seg om etter hvert som de oppnådde enighet om vilkårene²⁷.

Det man her må ha i bakhodet, er at i motsetning til individuelt avtalte avvik fra standarden, er selve standardteksten fremforhandlet av andre parter enn de som inngår i den indi-

²⁴ Kaasen (2012) s. 44

²⁵ Kaasen (2012) s. 44-45

²⁶ Kaasen (2012) s. 46

²⁷ Kaasen (2012) s. 48

viduelle kontrakt. Dette gjør at man bør vise varsomhet med å trekke inn en ”abstrakt” partsvilje løsrevet fra den de individuelle parter måtte ha²⁸. Og til tross for at det i praksis sjelden er hjelp å hente i møtereferatene, er det likevel klart at det under tolkning og utfylling kan være relevant å se hen til ”konsipistenes” syn på bestemmelsene²⁹. Et eksempel fra skipbyggingsindustrien er Rt. 1991 s. 719 (”Hardhaus”), hvor Høyesterett ga en omfattende redegjørelse for forhandlingene frem til SBK 1981³⁰ § 12 nr. 4³¹.

1.5.3 Rettspraksis

På fabrikkasjonskontraktenes område foreligger det et meget begrenset antall rettsavgjørelser. Avgjørelser fra de alminnelige domstoler er svært sjeldne, og de få som finnes er som regel underrettsdommer. Også på entreprisekontraktenes område foreligger få rettsavgjørelser, selv om Høyesterett de siste årene har behandlet flere saker av prinsipiell betydning for landentrepriser³².

Voldgiftsretten dominerer på standardkontraktenes område, blant annet med den begrunnelse at kontraktene selv inneholdt, og til dels fortsatt inneholder, vilkår om voldgift som tvisteløsningsforum. Bruken av ekspertavgjørelser har også spilt en ikke ubetydelig rolle. Og selv om disse avgjørelsene offentliggjøres i større grad enn tidligere, finnes det likevel relativt få saker på dette området. Det kan dessuten nevnes at de avgjørelser som faktisk publiseres, ikke alltid publiseres i sin helhet, men som et redigerte utdrag, noe som kan føre til en mindre nyansert fremstilling av saken.

²⁸ Kaasen (2012) s. 46

²⁹ Kaasen (2012) s. 47-48

³⁰ Standardformular av 7.oktober 1981 for kontrakt om bygging av skip ved norske verksteder, utarbeidet av Norges Rederforbund og Skipsbyggerienes Landsforening

³¹ Kaasen (2012) s. 47

³² Eksempelvis Rt. 2004 s. 1887

Det er likevel neppe grunn til å problematisere de prinsipielle sider ved bruk av avgjørelser fra underretter, voldgiftsretter og eksperter, da slike avgjørelser ut fra alminnelige rettskildebetraktninger i prinsippet er relevante momenter ved tolkning og utfylling av slike kontrakter. Normalt vil nok den rettskildemessige vekten være forholdsvis liten, men i tilknytning til fabrikkasjonskontraktene, kan det argumenteres for at voldgiftsavgjørelsene vil kunne få en større vekt enn ellers. Alle avgjørelsestypene vil dessuten, under enhver omstendighet, kunne vise til et utvalg av praktiske problemstillinger og kvalifiserte synspunkter på løsningen av dem, noe som i seg selv utgjør en argumentverdi³³.

1.5.4 Litteratur

Da rettskildene på standardkontraktenes område er relativt få, antas det at juridisk litteratur vil spille en ikke ubetydelig rolle. Norsk litteratur omkring fabrikasjon og entrepriser er ennå ikke særlig omfattende, men trekkes i økende grad inn som eksempler i mer generelle kontraktsrettslige fremstillinger³⁴. I en særstilling står standardkontraktenes kommentarutgaver. Disse gir god tolkningsveiledning for hva som ligger i kontraktenes bestemmelser, og er til dels svært detaljerte. For øvrig vil den generelle kontraktslitteraturen, og spesiallitteraturen om entrepriskontrakter være relevant i det følgende³⁵.

³³ Kaasen (2012) s. 50

³⁴ Eksempelvis Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke: *Obligasjonsrett*, og Kai Krüger: *Norsk Kjøpsrett*.

³⁵ Kaasen (2012) s. 51

2 Rettepliktens innhold og omfang

2.1 Misligholdssystemet

2.1.1 Formål

Det er vesentlige forskjeller mellom bestillerens og leverandørens kontraktsbrudd. Dette skyldes at partene har grunnleggende ulike interesser i kontraktsforholdet, noe som følgelig setter sitt preg på hensynene bak og utformingen av misligholdsreglene. Mens bestillerens mislighold bør ha konsekvenser som holder leverandøren skadesløs, bør leverandørens mislighold møtes med virkemidler som sikrer at bestillerens grunnleggende behov for ”riktig ting til riktig tid” blir minst mulig skadelidende. Samtidig er det større behov for begrensninger i leverandørens ansvar enn i selskapets³⁶.

Som nevnt i pkt. 1.2 avgrenses avhandlingen mot bestillerens mislighold, jf. pkt 1.2. De videre drøftelser vil derfor knytte seg til leverandørens kontraktsbrudd alene.

Sett fra bestillerens side er det ønskelig med så effektive sanksjoner som mulig mot leverandørens mislighold – dels for å unngå mislighold, og dels for å rette opp konsekvensene best og raskest mulig³⁷. Misligholdsreglene må derfor utformes på bakgrunn av to, til dels kryssende, hensyn. På den ene siden, må reglene føre til at det lønner seg for leverandøren å oppfylle kontraktsmessig, og på den annen må de føre til at bestilleren, i alle fall et stykke på vei, holdes skadesløs for det tap leverandørens mislighold påfører ham³⁸

Reglene om kontraktsbrudd må dessuten ses i sammenheng med andre kontraktsbestemmelser som ikke primært har dette siktemål, men som generelt skal sikre korrekt natural-

³⁶ Kaasen (2006) s. 584

³⁷ Kaasen (2006) s. 585

³⁸ Kaasen (2006) s. 586

oppfyllelse³⁹. Det sentrale for bestilleren er nettopp den fysiske oppfyllelse, idet en alternativ økonomisk kompensasjon ikke alltid vil holde bestilleren skadesløs dersom kontraktsmessig oppfyllelse ikke finner sted⁴⁰.

2.1.2 Utviklingslinjer

Det direkte forbildet for NLM-reglenes ”ansvar for mangler”⁴¹ er ECE 188A⁴² fra 1957, som i hovedsak er bygget på vilkårene i ECE 188⁴³. Begge kontraktens formål var å etablere uniforme vilkår for bruk i verkstedindustrien under oppbyggingen av Europa etter 2.verdenskrig, noe de for øvrig lyktes med gjennom utstrakt anvendelse i flere land. ECE 188A tar dessuten ett skritt lenger ved å innlemme vilkår for leveranser som også inneholder montering⁴⁴. Da ECE 188 forelå, innledet den nordiske verkstedindustriens bransjeorganisasjoner et samarbeid med sikte på å utarbeide en nordisk utgave av ECE 188. Denne standardavtalen ble ferdig i 1957 og fikk betegnelsen NL 57. Og da ECE 188A ble utgitt, utarbeidet de nordiske organisasjonene en tilsvarende nordisk versjon av disse bestemmelsene. Denne versjonen fikk betegnelsen NLM 61 og var, i likhet med NL 57, i det vesentlige en direkte oversettelse av sitt forbilde, som ble utfyllt med bestemmelser som ble ansett å være nordisk bransjepraksis vedrørende garantitid, betalingsvilkår, morarente og konvensjonalbotnivå⁴⁵.

NL og NLM-vilkårene har vært anvendt i meget stor grad, og kan sies å være alminnelig bransjepraksis innenfor den nordiske verkstedindustri. Imidlertid er bestemmelsene natur-

³⁹ Kaasen (2006) s. 581

⁴⁰ Kaasen (2006) s. 582

⁴¹ NLM 94 pkt. 52 - 66

⁴² ”General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export”

⁴³ ”General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export”

⁴⁴ Kolrud mfl. (1996) s. 1

⁴⁵ Kolrud mfl. (1996) s. 1

ligvis langt fra de eneste alminnelige leveransebestemmelser som forkommer⁴⁶. Også på petroleumsindustriens område har man hatt en utvikling i retning av en standardisering – og etter hvert balansering – av vilkårene for fabrikasjonskontrakter beregnet på utbyggingsprosjekter offshore.

NF 07 og NTK 07 er foreløpig siste ledd i denne utviklingen som startet på slutten av 1970-tallet. I den tidligste fase av utbyggingsprosjekter på norsk sokkel benyttet operatørene⁴⁷ sine egne kontraktsvilkår, som i stor grad var utviklet på basis av disse selskapenes internasjonale aktiviteter. Norske leverandører oppfattet vilkårene som fremmede ut fra norsk kontraktstradisjon, og det hersket misnøye overfor enkelte sider ved deres kommersielle balanse⁴⁸.

Som følge av dette gikk MVL⁴⁹ og Norsk jern- og metallarbeiderforbund sammen om å utvirke et politisk press for å oppnå endringer av den kontraktspraksis som forelå. Og på denne bakgrunn, og med en ikke ubetydelig tilskyndelse fra Olje- og energidepartementet, startet i 1981 forhandlingene mellom MVL på den ene side og NIFO⁵⁰ på den annen. Målet var å frembringe en ”modellkontrakt” eller ”modellklausuler” for offshore fabrikasjonsarbeider, og da forhandlingene ble sluttført i 1983 med resultatet ”North Sea Offshore Lump Sum Construction Contract⁵¹”, var de første standardvilkårene for offshore fabrikasjonskontrakter et faktum⁵².

⁴⁶ Kolrud mfl. (1996) s. 1

⁴⁷ Phillips Petroleum på Ekofisk-feltet, Elf på Frigg og Mobil på Statfjord

⁴⁸ Kaasen (2006) s. 23

⁴⁹ Mekaniske Verksteders Landsforening, nå Teknologibedriftenes Landsforening, TBL

⁵⁰ Norsk Industriforening for Operatørselskaper, nå Oljeindustriens Landsforening, NIFO

⁵¹ Ofte omtalt som ”MVL/NIFO”

⁵² Kaasen (2006) s. 23

Den praksis som deretter oppsto var at partene anbefalte sine medlemsbedrifter å benytte modellkontrakten/modellklausulene i sine kontraheringer for utbyggingsprosjekter på norsk sokkel. Bakgrunnen for denne anbefalingen, kommer av at ingen av organisasjonene hadde myndighet til å binde sine medlemsbedrifter i dette spørsmålet. Dette gjelder for øvrig den dag i dag⁵³.

Når det er sagt, involverte forhandlingene mellom NIFO og MVL et betydelig antall selskaper med meget forskjellig bakgrunn og tradisjoner innen kontraktområdet, og var således en av grunnene til at forhandlingene – særlig i de innledende faser – tok lang tid. I mellomtiden var to av NIFOs medlemsbedrifter, henholdsvis Statoil og Norsk Hydro i startfasen av sine utbyggingsprosjekter⁵⁴, og det oppsto bekymringer hos disse selskapene med hensyn til om forhandlingene mellom NIFO og MVL ville avsluttes i tide til at resultatet kunne brukes disse prosjektene⁵⁵.

Antakeligvis spilte konkurransen selskapene i mellom, samt behovet for å markere at prosjektene var de første i regi av rent norske operatørselskaper også en viss rolle for åpningen av Hydros, og deretter Statoils separate forhandlinger med MVL⁵⁶. Målet var å etablere egne standardkontrakter, og resultatet ble henholdsvis ”Hydro 1983⁵⁷” og ”Statoil 1983⁵⁸”.

Mens MVL/NIFO bare er brukt med til dels betydelige tilpasninger, ble Statoils og Hydros standardkontrakter benyttet i betydelig omfang i de aktuelle utbyggingsprosjektene. Under denne bruken konstaterte imidlertid selskapene behov for justeringer av vilkårene. På denne bakgrunn utarbeidet Hydro, Statoil og Saga et utkast til en ny standard fabrikkasjonskont-

⁵³ Kaasen (2006) s. 23

⁵⁴ Statoil skulle bygge ut Gullfaks-feltet, og Norsk Hydro skulle utvikle Oseberg.

⁵⁵ Kaasen (2006) s. 24

⁵⁶ Kaasen (2006) s. 24

⁵⁷ ”Alminnelige kontraktsbetingelser for industrileveranser, utarbeidet i samarbeid mellom Norsk Hydro a.s og Mekaniske Verksteders Landsforening”

⁵⁸ ”Den norske stats oljeselskap a.s, Byggekontrakt, Standard kontraktsvilkår”

rakt, som ble oversendt MVL med invitasjon til forhandliner sommeren 1985. I mellomtiden hadde selskapene selv forandret reglene ved flere tilfeller, hvilket skapte fare for at MVL ville tape sine oppnådde vilkår gjennom standardiseringen. Forhandlingene kom derfor ikke i gang før høsten 1985, men ble på de fleste sentrale punkter sluttført allerede våren 1986⁵⁹.

I lys av de nevnte erfaringer i tilknytning til 1983-standardene, var det viktig for MVL å formalisere bruken av standarden og begrense partenes - i praksis selskapenes - ensidige adgang til å endre den. Forhandlingene med en slik protokoll tok ytterligere tid, og den komplette standard forelå først den 14.mai 1987 under navnet Norsk Fabrikasjonskontrakt 1987 (NF 87)⁶⁰. Senere kom NF 92 som en direkte videreføring av NF 87, deretter den reviderte utgaven NF 05, og endelig NF 07.

2.2 Utbedringsansvaret

2.2.1 Rettspolitiske hensyn

Retting har en dobbeltstilling i kontraktsretten: På den ene side kan kjøperen ha et krav på retting som misligholdsbeføyelse, og på den annen side kan selger ha en rett til å tilby retting. Retting kan således være enten en misligholdsbeføyelse eller en defensiv beføyelse. I utgangspunktet vil retting av mangler være i begge parter interesse. For kjøperen er det som oftest bedre å få mangelen reparert enn å bli avspist med prisavslag og liknende, mens det for selgeren som regel vil være mer fordelaktig å kunne rette mangelen fremfor å bli møtt med hevningskrav eller prisavslag⁶¹.

⁵⁹ Kaasen (2006) s. 24-25

⁶⁰ Kaasen (2006) s. 25

⁶¹ Hagstrøm (2009) s. 374

Retting vil likevel ikke alltid fremstå som det mest foretrukne alternativ. For selgeren kan retting bli dyrt eller byrdefullt, og for kjøperen kan retting være til ulempe av flere grunner: Retting vil ofte få konsekvenser for bruken av ytelsen; kanskje må ytelsen unnværes helt mens reparasjonen pågår. Reparasjonen kan også ellers føre til brysomheter for kjøperen, eksempelvis som følge av gjentatte henvendelser til reparatøren. Dessuten kan det være at reparasjonen ikke anses vellykket, men at den fjerner de alvorligste mangler slik at hevingsretten faller bort. Endelig vil reparasjonen forutsette et fortsatt samarbeid mellom partene, noe som kan være belastende om tillitsforholdet svekkes, eller i verste fall ryker⁶².

En vellykket og rettidig utbedring av mangelen fyller siktemålet om korrekt naturaloppfyllelse i de aller fleste tilfeller. Et rettekraft er derfor å anse som et krav om fastholdelse av kontrakten⁶³. Det kan således være en smakssak hvorvidt disse kravene er å anse som egne sanksjoner eller om de rett og slett representerer oppfyllelse av partenes originale kontraktsforpliktelser⁶⁴.

2.2.2 Oversikt over bakgrunnsretten; kjøp, tilvirkning og entrepriser

Den alminnelige kjøpsretten har tradisjonelt sett ikke inneholdt noen rett til å forlange retting. Det var da også den hevdvunne oppfatning at kjøperen ikke hadde en slik rett uten særskilt hjemmelsgrunnlag⁶⁵. Etter kjøpsloven av 1907 var retting ikke en misligholdsbeføyelse, men noe selgeren kunne tilby for å avverge kjøperens misligholdskrav⁶⁶.

I tilvirkningskontrakter har rettsstillingen derimot lenge vært en annen. Her har det fremstått som nærmest selvsagt at selger skulle utbedre mangler som en direkte forlengelse av

⁶² Hagstrøm (2009) s. 374-375

⁶³ Simonsen (1999) s. 343

⁶⁴ Simonsen (1999) s. 344

⁶⁵ Simonsen (1999) s. 344

⁶⁶ Hagstrøm (2009) s. 375

det opprinnelige oppdraget. Selger vil dessuten gjennomgående være interessert i å foreta retting av mangelen fremfor å bli møtt med økonomiske sanksjoner. Ved tilvirkningskontrakter har derfor problemstillingen ikke vært om kjøper kan forlange retting, men om dette er hans eneste sanksjon. Selv ved tilvirkning som falt innenfor kjøpsloven – tilvirkningskjøp, ble det antatt at kjøperen måtte ha utstrakt adgang til å kreve mangelen rettet⁶⁷.

Kjøpsloven av 1988 representerte følgelig et delvis regimeskifte, da den i § 34 innførte en alminnelig adgang for kjøperen til å forlange mangler rettet⁶⁸. Tilsvarende regler finnes for øvrig i håndtverkertjenesteloven og bustadoppføringsloven⁶⁹.

I entrepriseretten fremstår utbedring som den sentrale beføyelse mot mangler. Reglene er et utslag av det som ofte omtales som ”*den industrielle garanti*”; en meget utbredt avtaleregulering av mangelsansvar i internasjonale og nasjonale industrileveranser mellom profesjonelle parter. Garantien har vært utviklet siden 1930-tallet gjennom en rekke standardkontrakter der det oppstilles regler som avviker fra reaksjoner mot mangler man ellers har etter gjeldende rett⁷⁰.

Det essensielle i garantien er at leverandøren, mot å påta seg en større retteplikt enn etter ellers gjeldende regler, begrenser eller fraskriver sitt øvrige mangelsansvar⁷¹. Det er derfor viktig å se sammenhengen mellom de utvidede utbedringsforpliktelser for leverandøren, og de ansvarsbegrensninger som ellers er inntatt for erstatningsansvar, prisavslag mv. når man vurderer totalbalansen i kontrakten⁷².

⁶⁷ Simonsen (1999) s. 344-345

⁶⁸ Simonsen (1999) s. 345

⁶⁹ Se hhv. hvtjl. § 24 og buofl. § 32

⁷⁰ Kolrud mfl. (1996) s. 151 og Kolrud mfl. (2004) s. 440

⁷¹ Kolrud mfl. (1996) s. 151

⁷² Kolrud mfl. (2004) s. 440

Balanseforholdet mellom en omfattende retteplikt for leverandøren sett i forhold til bakgrunnsretten, og en begrensning eller fraskrivelse særlig av erstatningsplikten, har blitt noe forrykket etter den nye kjøpsloven. Denne loven pålegger selgeren en begrenset retteplikt, mens han etter den tidligere gjeldende rett ikke hadde en slik plikt i det hele tatt. Nå er den retteplikt som leverandøren har etter ”den industrielle garanti”, klart mer vidtrekkende enn plikten etter den nye kjøpsloven, men forskjellen mellom det leverandøren tilbyr og det kjøperen får uten noen spesiell avtale, er følgelig blitt noe mindre enn før⁷³.

2.2.3 Defensiv kontra offensiv misligholdsbeføyelse

Krav på retting er en misligholdsbeføyelse i en rekke kontraktstyper. Og mens retting er aktuelt - både som defensiv beføyelse og som misligholdsbeføyelse - ville det være direkte motstridende at også krav om hevning kunne gjennomføres. Videre er et prisavslag normalt uhensiktsmessig å gjennomføre før resultatet av rettingen foreligger. Formålet med retting er jo å fjerne mangelen og dermed redusere kreditors misligholdskrav. Som en naturlig konsekvens må derfor de alternative beføyelsene suspenderes mens rettingen pågår⁷⁴.

NF 07/NTK 07 legger til grunn en utbedrings*plikt* – selskapet har krav på utbedring dersom leverandøren er ansvarlig for mangelen jf. hovedregelen i art. 25.2 første ledd. På den annen side har leverandøren intet krav på å få utbedre mangler⁷⁵. Det er med andre ord ikke tale om noen defensiv rett. Selskapet kan således fritt og uten begrunnelse beslutte at leverandøren ikke skal utbedre mangelen jf. 25.3 annet ledd. Leverandøren har følgelig ikke noen utbedringsrett, bare plikt. Selskapet står dessuten fritt til å fordele elementer av mangelen mellom de som skal, og de som ikke skal utbedres av leverandøren. I det hele har sel-

⁷³ Kolrud mfl. (1996) s. 152

⁷⁴ Hagstrøm (2009) s. 393

⁷⁵ Kaasen s. 644

skapet, innenfor leverandørens ansvarsgrense, for de fleste praktiske formål en diskresjonær styring med hvilke utbedringer leverandøren skal foreta⁷⁶.

Dersom selskapet krever utbedring, er leverandøren - med forbehold om 25.3 tredje ledd - fri for ytterligere forpliktelser dersom han lykkes innen fristen⁷⁷. Overskrider han, eller det må legges til grunn at han vil gjøre det, plikter han å dekke selskapets kostnader ved å få mangelen utbedret av andre, jf. første ledd⁷⁸.

I prinsippet må selskapet kunne kreve dom på naturaloppfyllelse av leverandørens utbedringsplikt. Imidlertid vil utbedringen som nevnt kunne foretas av andre enn leverandøren selv. I praksis vil selskapet derfor være tilstrekkelig hjulpet ved et alternativt erstatningskrav etter art. 25.3 første ledd, men da med den konsekvens at garantien ofte vil ryke⁷⁹.

Også etter NS 8405 er entreprenøren forpliktet til å utbedre mangler som påberopes i tide, jf. pkt. 36.2. Til forskjell fra NF 07/NTK 07 er ikke entreprenørens utbedring av en mangel bare en plikt, men også en *rett* for entreprenøren. Dette er i motsetning til NS 3430 nå presisert i bestemmelsen, men utgjør ingen realitetsforskjell.

At det er en *plikt*, innebærer at det også på entrepriserettens område er mulig å få dom for at utbedringsarbeidene skal gjennomføres. Dette er fastslått i Rt. 1972 s. 449. Dersom entreprenøren ikke vil utbedre, skyldes dette som oftest at det er uenighet om hvorvidt det foreligger mangel. I så fall følger det av Rt. 1972 s. 449, på s. 455, at entreprenøren likevel er forpliktet til å foreta utbedring, men at han i tilfelle kan forbeholde seg et tilleggsvederlag i fall det skulle vise seg at arbeidet var kontraktsmessig. At det er en *rett* innebærer blant

⁷⁶ Kaasen (2006) 650-651

⁷⁷ Jf. NF 07/NTK 07 art. 25.3 annet ledd

⁷⁸ Kaasen (2006) s. 651

⁷⁹ Kaasen (2006) s. 644

annet at entreprenøren kan kreve å gjennomføre utbedringen selv, og at han ikke er ansvarlig for byggherrens kostnader ved utbedring med mindre dette har hjemmel i pkt. 36.3⁸⁰.

NLM 94 pkt. 52 fastslår en generell plikt til å avhjelpe ”alle mangler”. Plikten er i utgangspunktet ubetinget, men begrenses til bestemte mangler og til bestemte måter å utbedre på. Men selv om mangelen må skyldes ”feil i konstruksjonen, materiale eller arbeid”, og følgelig er egnet til å begrense leverandørens ansvar, har begrepene likevel ikke ført til noen særlig begrensning av mangelsansvaret som sådan. Praksis viser nemlig at de mangler som vanligvis oppstår, normalt faller inn under en av de nevnte årsakstyper⁸¹.

Som vi nettopp har sett, er utgangspunktet altså at leverandøren kan dømmes til å oppfylle in natura. Men for at dette skal ha noen hensikt, må det være i form av en fullbyrdsdom, som så kan tvangseffektueres ved løpende tvangsmulkt. Denne prosessen er imidlertid så omstendelig og ikke minst tidkrevende, at hele spørsmålet om naturaloppfyllelse av denne type kontrakter kan hevdes å bli ganske teoretisk⁸².

Men skulle spørsmålet komme på spissen, vil bakgrunnsretten kunne tilsi at naturaloppfyllesesplikten ikke kan opprettholdes fordi den i det aktuelle tilfellet strider mot en av de alminnelige begrensninger som gjerne oppstilles. Skulle naturaloppfyllelse være faktisk eller rettslig umulig, må bestilleren nøye seg med erstatning for oppfyllelsesinteressen. Og det samme må sies å gjelde der naturaloppfyllelse vil medføre så stor kostnad eller ulempe for leverandøren, at det står i vesentlig misforhold til bestillerens interesse i at han oppfyller, jf. det prinsipp som kommer til uttrykk i blant annet kjl. § 23, avhl. § 4-2 (1), og hvtjl. § 14⁸³.

⁸⁰ Kolrud mfl. (2004) s. 440 og Hagstrøm (2009) s. 379

⁸¹ Kolrud mfl. (1996) s. 154-155

⁸² Kaasen (2006) s. 594

⁸³ Kaasen (2006) s. 594

Spørsmålet om hvor langt utbedringsplikten i de utvalgte kontraktene faktisk rekker, drøftes nærmere under pkt. 2.3.3 Misforholdsbegrensningen.

2.2.4 Rettekrav etter garantivilkår

Retteplikt kan være avtalt, og i kontraktspraksis har det lenge vært vanlig at debitor gjennom såkalte *garantivilkår* påtar seg retteplikt i en bestemt garantiperiode⁸⁴. Med garanti menes helt generelt et tilsagn som gir debitor større rettigheter enn det han ellers ville hatt, jf. mfl. § 2 tredje ledd hvor prinsippet kommer til uttrykk⁸⁵. Ved denne garantien inntar debitor for en nærmere spesifisert retteplikt, mens andre misligholdsbeføyelser i større eller mindre grad kan være fraskrevet i avtalen⁸⁶.

I prinsippet beror innholdet og rekkevidden av en garantierklæring på en individuell tolkning. Det melder seg straks et *vedtakelsesproblem*, formulert som hvor mye som skal til for at kreditor kan sies å ha akseptert de begrensninger som følger av garantien. Det må her sondres noe mellom ulike tilfeller. Dreier det seg om såkalte ”agreed documents”, slik de utvalgte kontraktene er, viser praksis at nær sagt enhver summarisk henvisning til kontraktsvilkårene anses tilstrekkelig for at de får anvendelse. Er det derimot tale om mer ensidig utarbeidede vilkår, må man følge de alminnelige regler for vedtakelse av standardvilkår og kreve at de blir brakt til kreditors kunnskap, for eksempel ved en uttrykkelig og tydelig henvisning, før avtalen slutes⁸⁷.

Det kan reises spørsmål hvorvidt debitor har påtatt seg en retteplikt eller om han bare har forbeholdt seg en rett til retting. Brukes ordet ”garanti” i avtalen i tilknytning til retting, taler mye for at det må være en plikt, fordi uttrykksmåten ellers ville være villedende og

⁸⁴ Hagstrøm (2009) s. 385

⁸⁵ Simonsen (1999) s. 318

⁸⁶ Hagstrøm (2009) s. 385

⁸⁷ Hagstrøm (2009) s. 385 og Hagstrøm (1986) s. 79-80

dermed i strid med ordlyden i mfl. § 2 tredje ledd. Dette er også av andre grunner den rimeligste tolkning. Etter vanlig språkbruk gir ordet ”garanti” kreditor den oppfatning at han får en spesiell fordel. I det hele skal det lite til for å statuere retteplikt i slike tilfelle. Det må også være en formodning for at bestemmelser om retting i kombinasjon med risiko- og ansvarsfraskrivelser må gi kreditor krav på retting⁸⁸.

Tas det så utgangspunkt i de virkninger en garanti utløser, kan man finne frem til tre grunnformer for slike tilsagn. For det første finner man garantier som *forlenger reklamasjonstiden*, det vil si de som gir kreditor en rett til å benytte seg av de vanlige sanksjonsformene i en lengre tidsperiode enn ellers, jf. for eksempel kjl. § 32 (2) annet punktum. For det andre finner man garantier som *utvider kreditors sanksjonsmuligheter* i forhold til det som følger av bakgrunnsretten, eksempelvis det objektive garanti- eller tilsikringsansvaret i kjl. § 40 (2) bokstav b)⁸⁹. Endelig finner man de garantitypene som retter seg mot *bevisbyrdesituasjonen* til kreditor. Dersom rettsanvenderen er i tvil om det hefter en mangel ved kontrakts-gjenstanden, er det i utgangspunktet kreditor som sitter med tvilsrisikoen. Foreligger det en såkalt bevisbyrdegaranti, snus følgelig denne bevisbyrden i favør av kreditor⁹⁰.

I forlengelsen av dette kan det stilles følgende spørsmål: Kan garantiansvaret utgjøre en bevisbyrderregel?

Det følger av blant annet kjl. § 21 (1) og liknende regler⁹¹ at mangelsvurderingen skal skje på grunnlag av ytelsens tilstand ved risikoens overgang; feil og skader som oppstår senere er ikke mangler, og er følgelig kreditors risiko. Også etter ulovfestede regler antas kreditor å ha bevisbyrden for at ytelsen var mangelfull ved tiden for risikoens overgang. En bevisbyrdegaranti anses ikke å endre tidspunktet for mangelsvurderingen, men er derimot en

⁸⁸ Hagstrøm (2009) s. 385

⁸⁹ Se også avhl. § 4-14 (2)

⁹⁰ Simonsen (1999) s. 318

⁹¹ Se f.eks avhl. § 3-1 (2), hvtjl. § 20 (1), buofl. § 28 (1)

overflytting av bevisbyrden fra kreditor til debitor. Dersom en mangel viser seg i garantitiden, presumeres den altså å foreligge ved leveringen, jf. blant annet ND 1979 s. 231 - ”Wingull”. I denne dommen ble det lagt til grunn at ”[s]elgeren av et garantert maskinbygg har etter vanlige lære bevisbyrden for at feil ved anlegget som viser seg i løpet av garantitiden, ikke skyldes mangler som forelå allerede ved leveringstiden”. Hagstrøm legger til grunn at en slik omkastning av bevisbyrden må være det minimum en garantiordning vil innebære. Selv om bevisbyrdereregler bare er aktuelle ved den absolutte tvil, er den praktiske verdi av en slik bevisbyrderregel ikke utbetydelig, idet bevisføring gjerne er omkostningskrevende og nødvendiggjør bruk av sakkyndige. I motsatt retning finner vi Hov, som hevder at bevisbyrdegarantier ”bygger på tanker som stort sett er forlatt”⁹².

Til sammenligning hevder Kaasen at bevisbyrden på fabrikasjonskontraktenes område vil variere med temaet, men at selskapet som utgangspunkt har bevisbyrden for at det foreligger en mangel som leverandøren har risikoen for. Og dersom det ikke er holdepunkter for å anta at kontraktsgjenstanden er blitt mangelfull som følge av feilaktig bruk, vanlig slitasje eller en force majeure-begivenhet etter levering, trenger ikke selskapet påvise hvordan mangelen faktisk er oppstått. Leverandøren har følgelig tvilsrisikoen i disse tilfellene: Garantibestemmelsens⁹³ absolutte formulering fører til at han må utbedre på egen regning dersom han ikke kan påvise at skaden eller mangelen er forårsaket av slike etterfølgende forhold. Dette er således en følge av at leverandøren med disse forbehold, alltid er ansvarlig dersom kontraktsgjenstanden avviker fra kontraktens krav i garantiperioden⁹⁴. Det kan derfor hevdes at garantiansvaret i allefall i slike kontrakter, utgjør en bevisbyrderregel.

⁹² Hagstrøm (2009) s. 386 og Hov (1997) s. 89

⁹³ Se NF 07/NTK 07 art. 23.1

⁹⁴ Kaasen (2006) s. 558 og s. 642

2.3 Grunnvilkår

2.3.1 Krav om mangel

Som nevnt i pkt.1.2 forutsettes det at mangel foreligger, jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på mangelsvurderingen i det følgende. Det er likevel hensiktsmessig å peke på det nære slektskapet som foreligger mellom retting og naturaloppfyllelse, og som viser seg ved utforming av grunnvilkåret for å gjøre sanksjonen gjeldene: det er tilstrekkelig at det foreligger en mangel⁹⁵.

Bestilleren har derfor i utgangspunktet et ubetinget⁹⁶, objektivt krav på retting så sant mangel foreligger. Det kreves ikke at mangelen må være vesentlig, ei heller at leverandøren skal kunne bebreides. Det er heller ikke noe krav at mangelen skal ha økonomisk betydning for selskapet, eller på annen måte ha betydning for ham⁹⁷.

2.3.2 Krav om spesifisert reklamasjon?

Kravet til reklamasjonens innhold og form varierer mellom forskjellige kontraktstyper.

Kjøpsloven av 1988 kan i denne sammenheng sies å representere en minimumsvariant. Overfor mangler kan kjøperen i første omgang nøye seg med å avgi en nøytral reklamasjon jf. § 32 (1), som ved krav på retting må følges opp av en spesiell reklamasjon jf. § 35 (1)⁹⁸. Ved tilvirkningsoppdrag er et vilkår om spesifisert reklamasjon ikke like naturlig, og begrunnelsen er at retting i disse tilfeller fremstår som en ren forlengelse av det opprinnelige oppdraget. Det nøytrale varsel innebærer derfor normalt at mangelen ønskes rettet⁹⁹.

⁹⁵ Simonsen (1999) s. 345

⁹⁶ Hvorvidt dette gjelder fullt ut, drøftes i pkt. 2.3.3

⁹⁷ Simonsen (1999) s. 345

⁹⁸ Hagstrøm (2009) s. 345

⁹⁹ Simonsen (1999) s. 348

NS 3401 anga ingen formelle krav til reklamasjon over mangler. Det var tilstrekkelig at det ble gitt en ”nøytral” reklamasjon så lenge den gjorde byggherrens påberopelse av mangelen klart, jf. pkt. 25.6 og 25.8¹⁰⁰. Heller ikke oppfølgeren NS 3430 stilte noen særskilte krav til byggherrens reklamasjon, jf. dennes pkt. 32.7. Nå er det krav at mangelen *angis* i overtakelsesprotokollen eller i et vedlegg til denne, jf. NS 8405 pkt. 36.6. Men foruten skriftlighetskravet, stilles det ingen andre krav til innholdet av angivelsen¹⁰¹.

Et visst minstemål antas likevel å foreligge. Entreprenøren må ut fra angivelsen kunne forstå hvilke forhold det siktes til, slik at det er mulig for ham å starte utberingen. På den annen side kan det neppe stilles strengere krav til beskrivelsen enn at det skal angis hva som er observert. Noen presis angivelse av innhold, årsaksforhold eller påstand for mangelen kan trolig ikke kreves¹⁰².

Noe strengere krav finnes i NF 07/NTK 07. Reklamasjon skal her gis skriftlig jf. art. 36.1 og meldingen skal inneholde ”en *spesifisert angivelse* av mangelen”, jf. art. 25.1 tredje ledd (min uthevelse)¹⁰³. Førstnevnte krav anses oppfylt så lenge den påståtte mangel er angitt i leveringsprotokollen, mens sistnevnte krav er tilfredsstilt så lenge meldingen er tilstrekkelig spesifisert til at leverandøren kan identifisere mangelen og starte arbeidet med å vurdere krevets berettigelse og eventuelle utbedringer¹⁰⁴.

Også etter NLM 94 foreligger et krav om skriftlig reklamasjon, jf. dennes pkt. 55 første punktum. Nærmere krav til reklamasjonens innhold finnes i annet punktum: ”Meldingen skal inneholde en *beskrivelse av hvorledes mangelen ytrer seg*” (min uthevelse). Men for å

¹⁰⁰ Sandvik (1977) s. 244

¹⁰¹ Kolrud mfl. (2004) s. 459

¹⁰² Kolrud mfl. (2004) s. 459

¹⁰³ NTK 07 art. 36.1 og art 25.1 er, med forbehold om et par mindre redaksjonelle endringer, identisk med de tilsvarende bestemmelsene i NF 07.

¹⁰⁴ Kaasen (2006) s. 641

muliggjøre hurtige reklamasjoner, kan det ikke stilles for strenge krav til kjøperen her. Det er derfor ikke nødvendig å redegjøre for årsaken til mangelen, og heller ikke alltid for hvor den er lokalisert. På den annen side kan ikke kjøperen nøye seg med en generell reklamasjon som påpeker at leveransen er mangelfull. Han må gi leverandøren en mulighet til å vurdere hva mangelen kan bestå i¹⁰⁵.

Ingen av de utvalgte standardkontraktene krever at det må tas standpunkt til hvilke følger mangelen skal få for leverandørens rettsstilling¹⁰⁶. Det kan derfor ikke kreves noen nærmere presisering av hvilke krav bestilleren vil bygge på de mangler det gis melding om¹⁰⁷. Da retting er den eneste primærbeføyelsen i disse kontraktene, vil en påberopelse av mangelen nettopp bety et krav om retting. Kontraktene inneholder av disse grunner ikke noe vilkår om spesifisert reklamasjon¹⁰⁸.

2.3.3 Misforholdsbegrensningen

2.3.3.1 Innledning og bakgrunnsrett

Retteplikten er i utgangspunktet ikke ubetinget¹⁰⁹. Et krav på retting er på samme måte som kravet på naturaloppfyllelse underlagt en *misforholdsbegrensning*. Begrensningen går ut på at retting ikke må volde leverandøren urimelig kostnad eller ulempe¹¹⁰. Hvorvidt det foreligger tilstrekkelig grunn til å nekte utbedring, avhenger av en rekke faktorer. Det må blant annet tas hensyn til *behovet* for gjenstanden og om det oppstår *tap* eller *ulempe* ved å måtte

¹⁰⁵ Kolrud mfl. (1996) s. 161

¹⁰⁶ Kaasen (2006) s. 642

¹⁰⁷ Sandvik s. 244

¹⁰⁸ Simonsen (1999) s. 348

¹⁰⁹ Simonsen (1999) s. 346

¹¹⁰ Simonsen (1999) s. 347

unnvære den mens reparasjonen pågår. Videre vil *tiden* som medgår være av sentral betydning¹¹¹.

I den alminnelige kjøpsretten gjøres det unntak fra selgerens ubetingede retteplikt dersom reparasjonen vil påføre selgeren ”urimelig kostnad eller ulempe”¹¹². Retting er utelukket både når det er fysisk umulig, for eksempel at det kreves utvikling av ny teknologi som viser seg umulig å utvikle, og når kravet om utbedring er urimelig. For eksempel kan reparasjonen bli urimelig dyr når kjøpesummen er svært lav og arbeidspengene overstiger ytelsens kostnad¹¹³

Også på entrepriserettens område vil misforholdsbegrensningen få betydning for utbedringsplikten. Selv om entreprenørens utbedringsplikt i utgangspunktet er ubetinget, vil byggherren ikke kunne kreve utbedring der kostnadene blir uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås¹¹⁴. Misforholdsbegrensningen har for øvrig vært oppstilt lenge før tilkomsten av NS 8405 og bustadoppføringslova¹¹⁵. Sandvik viser at det over lengre tid har vært et allment akseptert prinsipp i så vel kontinental som anglo-amerikansk rett at man oppstiller unntak fra plikten til utbedring og til å erstatte utbedringskostnader hvor utbedring vil ”kreve uforholdsmessig av arbeid eller utgifter”¹¹⁶.

Sammenlignet med det alminnelige kjøp, kan det på tilvirkningskontraktenes område gå ganske langt før misligholdsbegrensningen nås. Én begrunnelse er at det i slike kontrakter normalt er mye om å gjøre for bestilleren å få en mangelfri ytelse, en annen er at det som regel dreier seg om profesjonelle forhold der det må stilles relativt store krav til leverandø-

¹¹¹ Hagstrøm (2009) s. 391

¹¹² Se f.eks. kjl. § 34 og hvtjl. § 24

¹¹³ Hagstrøm (2009) s. 380

¹¹⁴ Se f.eks NS 8405 pkt. 36.2 og buofl. § 32 (1)

¹¹⁵ Hagstrøm (2009) s. 380

¹¹⁶ Sandvik (1966) s. 400 og Tapper (1983) s. 215

ren. Standardvilkårene på dette området beskriver ofte misforholdsbegrensningen i mer force majeure-lignende termer¹¹⁷, og selv om bestemmelsene neppe kan anses uttømmende og primært er skrevet med sikte på ansvar i form av konvensjonalbot eller erstatning, gir de likevel uttrykk for at kravene må være strenge¹¹⁸.

Som nevnt kan det hevdes at begrensningen gir uttrykk for et allment akseptert prinsipp, og kan derfor i utgangspunktet legges til grunn selv i avtaler hvor det ikke finnes holdepunkter i noen uttrykkelig bestemmelse¹¹⁹. Det må i alle tilfelle kreves relativt klare holdepunkter i kontrakten for at en slik begrensning *ikke* skal gjelde mellom partene¹²⁰. En absolutt utbedringsplikt vil for øvrig kunne bringe bestemmelsen i strid med avtl. § 36¹²¹.

2.3.3.2 Særlig om forholdet mellom kjl. § 23 og avtl. § 36

Kjøpsloven § 23 fastslår som utgangspunkt at kjøperen ved det som lovgiver klassifiserer som mislighold - i lovens terminologi "kontraktsbrudd" - har en fastholdelsesrett¹²². Denne retten begrenses dels i forhold til hindringer på selgersiden som ville fritatt for erstatningsansvar etter kjl. § 27 (1), og dels i forhold til omstendigheter som – uavhengig av ansvarsreglene – skaper så stor ulempe eller utgift for selgeren at dette står i vesentlig misforhold til kjøperens oppfyllelsesinteresse¹²³.

Kjøpsloven av 1907 var et regelverk primært om økonomiske sanksjoner: Krav på penger i form av tilbakebetaling, fritakelse fra eller nedsettelse av betalingsplikt - eventuelt erstatning. Til sammenligning er kjøpsloven av 1988 basert på en mer prinsipiell utbygning av

¹¹⁷ Se f.eks ECE 188 pkt. 10.1 og ECE 188A pkt. 25.1

¹¹⁸ Hagstrøm (2009) s. 378 og Hørlyck (1996) s. 114

¹¹⁹ Sandvik (1977) s. 235

¹²⁰ Se Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 378

¹²¹ Simonsen (1999) s. 347

¹²² Se for øvrig kjl. § 34 som tilsvarende pålegger utbedrings- eller omleveringsrett i mangelstilfelle

¹²³ Krüger (1999) s. 268-269

retten til fysisk oppfyllelse *in natura*, noe som kommer til uttrykk ved at retten til fastholdelse og naturaloppfyllelse er blitt knesatt på områder hvor man tidligere ikke hadde slike regler¹²⁴.

Kjl. av 1907 inneholdt en regel om fastholdelse ved forsinket levering i § 21. Regelen er opprettholdt i kjl. av 1988 § 23, men med en begrensning beregnet på tilfelle der oppfyllelsesbyrden på selgersiden vil stå i misforhold til kjøperens interesse i å få kontrakten oppfylt¹²⁵. Det må i denne sammenheng understrekes at vurderingene etter § 23 utelukkende gjelder sanksjonsalternativer; spørsmålet om erstatning for ikke-oppfyllelse eller for forsinket levering beror på andre regler. Fastholdelsesreglenes plass i loven fremgår når § 23 sammenholdes med § 22, som oversiktsmessig lister opp de sanksjonsalternativer kjøper har ved forsinkelse¹²⁶.

Regelen i § 23 (1) knytter an til en vurdering av oppfyllelsesbyrdene til enhver tid, mens presiseringen i (2) er medtatt med særlig sikte på varighetsaspektet (”varighets *force majeure*”). Leddet forutsetter en sammenligning av situasjonen på den tid da levering skulle skjedd med situasjonen som den fremstår etter at en ellers virksom leveringshindring er bortfalt. Leddet regulerer altså stadig selgers leveringsplikt *in natura*¹²⁷.

De vilkår lovgiveren regner opp i kjl. § 23 (2) vil etter sakens natur i betydelig grad overlappe hverandre. Det reelle budskap i paragrafen blir at rettsanvenderen må utøve et forstandig skjønn over hvorvidt det er rimelig, hensiktsmessig og ønskelig at kjøperen fastholder kjøpet i et tilfelle der selgeren ikke har villet eller maktet å levere til fastsatt tid. Bestemmelsen foreskriver dermed ikke noe annet enn det som allerede følger av avtl. § 36, for så vidt dommeren alltid kan vurdere rimeligheten av kontraktsvirkningene konkret – og

¹²⁴ Krüger (1999) s. 379

¹²⁵ Krüger (1999) s. 381

¹²⁶ Krüger (1999) s. 382

¹²⁷ Krüger (1999) s. 382

lempe eller frita ut fra slike vurderinger. Kompetansen etter avtl. § 36 er for øvrig ikke innskrenket eller justert ved det som foreskrives i kjl. § 23¹²⁸.

Kjl. § 23 vil frita selgeren fra leveringsplikt *in natura* både der hindringen er subjektivt ansvarsbetingende, der den pådrar kontrollansvar – og der den verken pådrar skyldansvar eller kontrollansvar. I så måte leder § 23 til en separat – og i forhold til ansvarsreglene, en selvstendig vurdering av hvorvidt det fra et samfunnsøkonomisk synspunkt bør skje levering i forholdet, uavhengig av andre økonomiske konsekvenser etter kjøpslov, kontrakt eller avtl. § 36. Bestemmelsen viser således til en utgifts- og ulempevurdering, og forutsetter at byrdene for selgeren skal veies opp mot kjøperens interesse i at selgeren oppfyller til tross for hindringen. Men siden det økonomiske sluttresultat følger av § 27 (1) og ikke av § 23, må det være riktig å anse § 23 som en delregulering om hvordan risikoen for leveringshindringer i kjøpsforhold er fordelt mellom partene¹²⁹.

Bestemmelsen i kjl. §§ 23 og 27 er sammen med avtl. § 36 gitt en så vid skjønnsbetont utforming at det i siste omgang, nå som tidligere, blir domstolene som må avgjøre hvorvidt selger eller kjøper står nærmest til å bære risikoen for uforutsette faktiske eller økonomiske hindringer som oppstår i tiden mellom avtaleslutningen og leveringstidspunktet. Og selv om kontraktens hindringsregulering omfatter et faktisk forhold som har inntrådt, gjenstår det i praksis ofte skjønnsmessige vurderinger ikke bare vedrørende tolkningen, men også vedrørende selgerens subjektive forhold. At partene har innarbeidet særlige klausuler i avtalen er ikke til hinder for reelle overveielser av ”terskel”, ”offer” og ”byrde”-typen¹³⁰.

Det mest aktuelle spørsmål i dag synes å være om ansvarsreguleringen i kjl § 27 (1) innvirker på tolkningen av vanlige *force majeure*-klausuler som stadig anvendes i kontraktspraksis. Det blir til syvende og sist et enhetlig legislativt reelt spørsmål å veie selgerens interes-

¹²⁸ Krüger (1999) s. 383

¹²⁹ Krüger (1999) s. 282

¹³⁰ Krüger (1999) s. 284-285

ser mot kjøperens i slike saker, hva enten det gjelder tolkning av force majeure-reguleringen i kontraktsvilkårene, kjl. § 23, § 27 (1) eller avtl. § 36¹³¹.

Jeg skal nå se nærmere på hvordan de ulike standardkontraktene har valgt å løse dette, og om det foreligger noen forskjeller dem i mellom.

2.3.3.3 Misforholdsbegrensning i standardkontraktene?

I NS 8405 er prinsippet kommet til uttrykk i pkt. 36.2 første avsnitt: ”... med mindre kostnadene til utbedringen vil bli *uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås*”. (Min utheving). I tråd med hva som var situasjonen under de tidligere enterprisestandardene NS 3401 og NS 3430 må bestemmelsen forstås slik at det må foreligge et *markert og åpenbart misforhold* mellom mangelens betydning og det en utbedring vil kreve¹³².

Hvorvidt så er tilfelle må bero på en konkret vurdering under hensyn til den aktuelle byggverkets art og formål; er det tale om et bygg hvor det av sikkerhetsmessige eller andre grunner er av vesentlig betydning at tekniske normer og spesifikasjoner er tilfredsstilt, skal det svært mye til før entreprenøren unngår utbedring selv om dette kan bli meget kostbart¹³³. På den annen side vil rene skjønnhetsfeil lettere kunne aksepteres ved et lager- eller industribygg, enn i et bolighus, eller et representasjonsbygg. Utgangspunktet er likevel at entreprenøren har en plikt til å utbedre, og at det følgelig skal meget til for at plikten faller bort¹³⁴.

¹³¹ Krüger (1999) s. 285

¹³² Kolrud mfl. (2004) s. 441 og Sandvik (1977) s. 235

¹³³ Kolrud mfl. (2004) s. 441

¹³⁴ Kolrud mfl. (2004) s. 441

Når det gjelder utbedringsplikten i NF 07/NTK 07 kan det hevdes at denne er absolutt¹³⁵. Og deler man dette standpunktet, vil selskapet ha krav på utbedring jf. hovedregelen i art. 25.2, selv om det måtte innebære uforholdsmessige omkostninger. Kontrakten hjemler intet forbehold i denne sammenheng¹³⁶.

Både NF 07 og NTK 07 skiller seg med dette klart fra NS 8405 på punkt. Sistnevnte slår uttrykkelig fast en misforholdsbegrensning, mens førstnevnte ganske klart avviser at en slik begrensning skal gjelde. Bakgrunnen for dette synes å være at disse kontraktene utelukker bruk av prisavslag som et alternativ til utbedring, jf. formuleringen av art. 25.5¹³⁷. Da utbedring vil være den eneste sanksjonsformen også når det fordres en uforholdsmessig ressursbruk¹³⁸, vil en begrensning i utbedringsplikten etter den alternative erstatningsplikten neppe kunne innfortolkes¹³⁹.

I NLM 94 pkt. 52 slås det fast en generell plikt til å avhjelpe alle mangler. Plikten er også i denne kontrakten i utgangspunktet ubetinget, men begrenses til bestemte mangler og til bestemte måter å avhjelpe på¹⁴⁰. Til tross for disse begrensningene vil man ofte drive på ganske lenge før løsningen finnes, eller man til slutt må gi opp. Mens man holder på vil atskillig ”prøving og feiling” gjøres, og ikke sjelden vil leverandøren også prøve å modifisere leveransen for å få den til å virke som forutsatt. Resulterer dette i at leveransen virker som forutsatt, vil man normalt kunne si at mangelen er utbedret, selv om leveransen i sin konstruksjon nå avviker fra det som opprinnelig ble avtalt¹⁴¹.

¹³⁵ Kaasen (2006) s. 644

¹³⁶ Kaasen (2006) s. 644

¹³⁷ Simonsen (1999) s. 347

¹³⁸ Simonsen (1999) s. 347

¹³⁹ Kaasen (2006) s. 644

¹⁴⁰ Kolrud mfl. (1996) s.153

¹⁴¹ Kolrud mfl. (1996) s. 155

Det sentrale spørsmål for leveranser etter NLM 94 og naturligvis også for ytelsene etter de andre standardkontraktene, blir derfor hvor lenge leverandøren kan holde på med sin ”prøving og feiling” før en eventuell misforholdsbegrensning slår inn.

Yttertilfellene, hvor det er teknisk umulig å utbedre, skaper ingen problemer. Ingen kan forpliktes til å gjøre det umulige, og det gir ingen fornuftig mening å la kjøperen stå fast med sitt primære krav om naturaloppfyllelse. Spørsmålet vil derfor i hovedsak bare gjøre seg gjeldende i tilfeller hvor det er teknisk mulig å utbedre mangelen, men hvor kostnadene for leverandøren vil bli særdeles høye¹⁴².

Den nærmere fastleggelse av hva som kan anses å ligge i begrepet uforholdsmessig må i stor grad bli gjenstand for skjønn. Den omstendighet at en fullverdig mangelsutbedring blir meget kostnadskrevende, kan i seg selv ikke være avgjørende. Bedømmelsen må følgelig skje i henhold til mangelens praktiske betydning for bestilleren, og selv om man måtte konstatere at dens betydning er så alvorlig at utbedring må skje ”for enhver pris” kan det likevel ikke utelukkes at et fullt og ubegrenset ansvar for utbedringskostnadene vil få slike alvorlige konsekvenser for leverandøren at det langt overstiger hva han med rimelighet måtte regne med da kontrakten ble inngått¹⁴³.

Hvor utbedringskostnadene således overstiger leverandørens ”offergrense”, vil en hensiktsmessig avveining av partenes interesse vanligvis føre til at leverandøren likevel forpliktes til fysisk å utføre utbedringsarbeidene, men da mot en justering av vederlaget. Normalt vil dessuten kontraktene selv ta stilling til spørsmålet om begrensning av leverandørens ansvar for utbedringskostnader, enten til en bestemt prosent av kontraktssummen eller et nærmere definert beløp¹⁴⁴.

¹⁴² Tapper (1983) s. 215

¹⁴³ Tapper (1983) s. 216

¹⁴⁴ Tapper (1983) s. 216-217

2.4 Rettepliktens nærmere innhold

2.4.1 I hvilken grad skal mangelen utbedres?

Utbedringsplikten består i å bringe kontraktsgjenstanden i den stand bestilleren har krav på etter kontrakten. Mangelens art og omfang vil derfor være utslagsgivende for rettepliktens nærmere innhold¹⁴⁵.

Leverandøren har normalt ikke noen plikt til å *forbedre* gjenstanden ved utbedringen av mangelen¹⁴⁶. Bestilleren kan derfor ikke kreve at leverandøren tar i bruk bedre materialer, bedre metoder, eller bedre programmer enn de kontrakten opprinnelig påla ham å bruke, og dette gjelder selv om teknologiske nyvinninger har skjedd i etterkant av kontraktsinngåelsen¹⁴⁷.

2.4.1.1 Endring av regler og krav

Situasjonen vil kunne stille seg annerledes dersom retting i overensstemmelse med kontrakten bringer produktet i strid med nyere lover eller forskrifter. Det synes likevel å følge av lojalitetsplikten i kontraktsforholdet at de nye kravene skal imøtekommes¹⁴⁸. Utgangspunktet er derfor at leverandøren må undersøke hvilke lover og regler som til enhver tid gjelder, og sørge for at kontraktsgjenstanden er forenlig med disse¹⁴⁹.

Når det gjelder kontraktenes forhold til bakgrunnsretten på dette punkt, kan det nevnes at blant annet NS 8405 pkt. 25.2 er utformet etter mønster av tilsvarende bestemmelser i kjøpsloven og håndverkertjenesteloven. Utgangspunktet der har vært en risikoavveining mellom partene: Hvem er nærmest til å bære risikoen for den situasjon som er oppstått?

¹⁴⁵ Simonsen (1999) s. 349

¹⁴⁶ Simonsen (1999) s. 349

¹⁴⁷ Kaasen (2006) s. 645

¹⁴⁸ Simonsen s. 349

¹⁴⁹ Kolrud mfl. (1996) s. 37

Denne harmoniseringen av reglene gjør det relevant å se hen til den risikoavveining som der er foretatt, og det er følgelig presumsjon for å anvende de samme retningslinjer også innenfor fabrikasjon- og entrepriseretten¹⁵⁰.

I NF 07/NTK 07 art. 5.1 første ledd pålegges leverandøren en absolutt plikt til å holde seg informert om, og rette seg etter visse eksterne regler og krav, og plikten gjelder også dersom kravene endres etter kontraktsinngåelsen¹⁵¹. Listen i bokstavene a) – c) definerer *hvilke* typer krav det gjelder, og *hvem* som må ha fastsatt dem. Derimot fremgår det ikke eksplisitt hvilket *tema* kravet må gjelde for å være omfattet av leverandørens plikt. Plikten vil likevel bare ha interesse for eksterne krav som faktisk har en eller annen betydning for leverandørens opptreden i tilknytning til kontrakten, det vil si arbeidet eller dets utførelse¹⁵².

Det er videre likegyldig hvorvidt kravet hadde noen forgjengere eller om det fremstår som helt nytt. Og det er heller ikke av betydning hvem kravene utpeker som pliktsubjekt¹⁵³. Leverandøren har i visse tilfeller likevel krav på at selskapet skal holde ham skadesløs for de meromkostninger eller forsinkelser slike nye krav medfører. For at risikoen for de nevnte endringer i lovgivning og praksis skal legges på selskapet, er det i følge 5.1 annet ledd et vilkår at endringen ”nødvendigjør Endring av Arbeidet eller dets utførelse, og [at] dette påvirker Leverandørens kostnader eller fremdrift”. I dette ligger to krav: For det første er endringer bare relevante dersom de påvirker leverandørens kostnader eller fremdrift – bare da det er av interesse å plassere risikoen for endringen. Og for det andre må disse virkningene skyldes slike endringer i arbeidet eller dets utførelse som er forårsaket av nettopp regel- eller praksisendringen. Annet ledd oppstiller således et kvalifisert krav til årsakssammenheng: Det er ikke tilstrekkelig at endringen faktisk har påvirket leverandørens kostnader

¹⁵⁰ Kolrud mfl. (2004) s. 307-308

¹⁵¹ Kaasen (2006) s. 122

¹⁵² Kaasen (2006) s. 122

¹⁵³ Kaasen (2006) s. 122

eller fremdrift, dersom denne virkningen ikke faktisk skyldes at leverandørens plikter med hensyn til kontraktsarbeidet måtte endres¹⁵⁴.

Også i NLM 94 slås det fast at leverandøren har en plikt å levere i samsvar med gjeldende lover og forskrifter som gjelder på tilbudstidspunktet¹⁵⁵, jf. kontraktens pkt. 7 annet punktum. Leverandøren plikter dessuten å utføre endringsarbeider som er foranlediget av endringer i lover, forskrifter og bestemmelser som gjelder for leveransen jf. pkt. 8. Sistnevnte gjelder for endringer som er inntrådt mellom tilbudsdagen og overtakelsen, og det er uten betydning hvorvidt det er leverandøren selv eller bestilleren som blir oppmerksom på endringen. Ettersom plikten består helt frem til overtakelsen, kan leverandøren risikere å måtte påbegynne endringsarbeider på en ellers ferdig leveranse dersom endrede regler trer i kraft under gjennomføringen¹⁵⁶. Endelig plikter leverandøren å foreta endringsarbeider som aktualiseres ved endringer i den alminnelige fortolkning av de lover, forskrifter og bestemmelser leveransen er underlagt, jf. pkt. 8 annet punktum¹⁵⁷.

I NS 8405 fortoner situasjonen seg noe annerledes. Denne kontrakten inneholder ingen særskilt bestemmelse hva gjelder endringer i lover og forskrifter, men etter pkt. 25.2 første ledd - som for øvrig er en force majeure-bestemmelse - har entreprenøren krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres av blant annet ”offentlige påbud og forbud”. Og like klart som at risikoen er lagt på leverandøren etter NF 07/NTK 07 art. 5.1 annet ledd, er risikoen etter NS 8405 pkt 25.2 lagt på byggherren¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Kaasen (2006) s. 128

¹⁵⁵ Tilbudstidspunktet er valgt for å ha et helt presist skjæringstidspunkt som entydig definerer leverandørens forpliktelser når det gjelder lover og regler jf. Kolrud mfl. (1996) s. 38

¹⁵⁶ Kolrud mfl. (1996) s. 39

¹⁵⁷ Kolrud mfl. (1996) s. 40

¹⁵⁸ Kaasen (2006) s. 128

2.4.2 Reparasjonssted

Dersom kontraktsgjenstanden er løsøre, vil det kunne oppstå spørsmål hvor utbedringen av mangelen skal finne sted. Undertiden vil utbedringsstedet gi seg selv på bakgrunn av mangelens art og omfang. Gjenstanden må typisk repareres på debtors verksted. Andre ganger kan rettingen foretas der kontraktsgjenstanden måtte befinne seg. Enkelte standardkontrakter regulerer spørsmålet uttrykkelig¹⁵⁹.

Når det gjelder NLM 94 er hovedregelen at avhjelp av mangler utføres *på monteringsstedet*¹⁶⁰, jf. pkt. 56 annet ledd. Dette er som regel også det mest praktiske. Leverandøren har likevel mulighet til å beslutte at den mangelfulle delen skal returneres for reparasjon. Det heter seg at dersom leverandøren finner det hensiktsmessig, kan den mangelfulle del eller eventuelt materiell returneres til leverandøren for reparasjon eller utskiftning. Det er helt opp til leverandøren om en slik retur skal skje. Selv om kjøperen hadde kunnet bruke leveransen i mangelfull tilstand, må han akseptere retur av materiellet dersom leverandøren finner det hensiktsmessig. Transportkostnadene må leverandøren i så fall selv bære, jf. pkt. 60¹⁶¹.

Verken NF 07/NTK 07 eller NS 8405 har uttrykkelige regler om hvor retting skal finne sted. Spørsmålet må derfor avgjøres ut fra de konkrete omstendighetene og hva som med rimelighet kan forventes av leverandøren¹⁶². Men i likhet med NLM 94-baserte kontrakter, vil monteringsstedet normalt være det foretrukne sted for utbedring av mangler også etter fabrikasjon- og entreprisekontraktene. I entrepriseretten på land vil jo bygningen være monteringsstedet, og de aller fleste mangler vil rimeligvis oppstå og utbedres der. Når det gjelder NF/NTK kan dette stille seg noe annerledes, idet noen gjenstander vil kunne ferdigstilles på land, mens andre må monteres ute på plattformen. Ferdigstilte moduler må følge-

¹⁵⁹ Simonsen (1999) s. 350

¹⁶⁰ Definert i NLM 94 pkt. 2

¹⁶¹ Kolrud mfl. (1996) s. 164-165

¹⁶² Simonsen (1996) s. 350

lig inkorporeres i eksisterende gjenstander, og slikt sett vil også disse kunne repareres på monteringsstedet. Det vanlige her er likevel at slike returneres til leverandøren for utbedring der. For eksempel vil overhaling og bytting av deler på en jernroughneck normalt skje på leverandørens verksted på land. Men ser man på begge typer montering under ett, vil den store hovedregel likevel være at manglene utbedres på monteringsstedet.

2.4.3 Transportkostnader

Når det gjelder transportkostnader ved å få utbedret mangelen, er utgangspunktet en mer generell påregnelighets- eller risikobetraktning. Dersom kostnaden ligger innenfor den naturlige risikozonen som knytter seg til utbedringsarbeidet, kan det være grunn til å la leverandøren bære omkostningene¹⁶³. Men i kontraktspraksis er det ofte gjort unntak fra hovedregelen, noe som viser seg i standardkontraktene.

I NF 07 er transportkostnader ” til, fra og på feltet” uttrykkelig unntatt fra leverandørens omkostningsansvar, jf. art. 25.4 annet ledd bokstav c). Transportutgiftene omfatter her enhver form for transport etter at personellet har forlatt land, uansett transportmåte¹⁶⁴.

Liknende regler finnes i NLM 94. Pkt. 60 annet ledd slår uttrykkelig fast at bestilleren på bestemte vilkår ”skal bære” visse meromkostninger ved leverandørens mangelsutbedring. Bestemmelsen stiller med andre ord opp en begrensning av omfanget av leverandørens omkostningsansvar etter pkt. 56 første ledd annet punktum , jf. pkt 52¹⁶⁵. Det er likevel bare meromkostninger forårsaket av at leveransen befinner seg på et annet sted enn monteringsstedet, som skal bæres av bestilleren. Omkostningsansvar og risiko for andre typer forsendelser skal derimot bæres av leverandøren jf. pkt. 60 første ledd.

¹⁶³ Simonsen (1996) s. 354

¹⁶⁴ Kaasen (2006) s. 663

¹⁶⁵ Kolrud mfl. (1996) s. 172

I NS 8405 omtales ikke transportkostnader uttrykkelig, men antas å falle inn under regelen i pkt. 36.2 første ledd som ”nødvendig og direkte” utgift som følge av mangelsutbedringen. Entreprenørens reise- og oppholdsutgifter dekkes derfor av entreprenøren selv.

2.5 Økonomisk innhold

2.5.1 Kostnadsfri retting

Det kjøpsrettslige system¹⁶⁶ bygger på at retting av mangler som utgangspunkt skal skje kostnadsfritt for kjøperen, og dette gjelder både når selgeren er pålagt å foreta retting og når han av eget tiltak iverksetter utbedring. På tilvirkningskontraktenes område vil situasjonen kunne stille seg noe annerledes, da det nevnte utgangspunkt ikke nødvendigvis innebærer at utbedringen er uten vederlagskonsekvenser for bestilleren¹⁶⁷.

I NS 8405 er regelen slik at dersom entreprenøren er forpliktet til å utbedre, skal kostnadene ved utbedringen dekkes av ham, jf. pkt. 36.2 første ledd, annet punktum. Han kan verken ta seg betalt for arbeidet eller for medgåtte materialer. I NS 3430 pkt. 32.2 var dette formulert slik at utbedringen skulle skje ”vederlagsfritt”, men det er ikke tilsiktet noen realitetsendringer ved bruken av uttrykket ”kostnadene”¹⁶⁸. Regelen er for øvrig helt i samsvar med deklarasjonsrett¹⁶⁹, og kan for så vidt oppfattes som et utslag av entreprenørens primære plikt, nemlig å stille bygget ferdig¹⁷⁰.

Også i NF 07/NTK 07 art. 25.2 er hovedregelen at leverandøren plikter å utbedre mangelen for egen regning. Dette innebærer at leverandøren må dekke omkostningene ved de tiltak

¹⁶⁶ Se f.eks kjl. § 34 og fkjl. § 29

¹⁶⁷ Simonsen (1999) s. 350

¹⁶⁸ Kolrud mfl. (2004) s. 441

¹⁶⁹ Se f.eks buofl. § 32 (1)

¹⁷⁰ Hagstrøm (2009) s. 379

som er *nødvendige* for at kontraktsgjenstanden skal tilfredsstille kontraktens krav¹⁷¹. I tillegg til nye deler og selve utbedringsarbeidet, omfatter kostnadene andre arbeider som er nødvendige for å utbedre mangelen, eksempelvis demontering av andre komponenter, mobilisering av arbeidsstyrken, tilrigging og logistikk offshore.¹⁷²

I NLM 94 pkt. 56 første ledd siste punktum slås det uttrykkelig fast at leverandøren selv må bære omkostningene ved utbedring/reparasjon av mangler. Leverandørens forpliktelse er imidlertid kun en forpliktelse til å bekoste *eget* arbeid, eventuelt å bekoste arbeid leverandøren etter *egen* bestemmelse har overlatt andre. Bestemmelsen innebærer således ikke at bestilleren etter eget forgodtbefinnende kan la reparasjonen bli utført, for deretter å sende regningen til leverandøren.

Alle standardkontraktene har, som vi har sett, regler om kostnadsfri utbedring av mangler. Spørsmålet blir derfor hvilke kostnader dette omfatter, og hvilke som eventuelt faller utenfor.

I NS 8405 er utgangspunktet at alle kostnader ved utbedringen dekkes av entreprenøren, forutsatt at de anses som direkte og nødvendige følger av mangelen¹⁷³. I NF 07/NTK 07 er utgangspunktet motsatt, her vil selskapet ha krav på utbedring selv om den måtte innebære uforholdsmessige omkostninger. I mangel av mulighet til ordinært prisavslag, gjør kontrakten intet forbehold i denne sammenheng¹⁷⁴. I NLM 94 pkt. 56 første ledd siste punktum, begrenses leverandørens omkostningsansvar til de omkostninger som må bæres ”i henhold til reglene i punktene 52-64”. Henvisningen er i og for seg unødvendig; omkostningsansva-

¹⁷¹ Kaasen (2006) s. 643

¹⁷² Kaasen (2006) s. 645

¹⁷³ Kolrud mfl. (2004) s. 442

¹⁷⁴ Kaasen (2006) s. 644

ret rekker ikke lengre enn ansvaret for og å avhjelpe mangelen etter de nevnte regler rek-
ker¹⁷⁵.

2.5.2 Aksessoriske kostnader

Utbedringsarbeider vil ofte innebære mer arbeid enn utbedring av selve mangelen. Mangelen kan for eksempel bare utbedres ved at andre deler av kontraktsgjenstanden rives eller demonteres¹⁷⁶. Spørsmålet blir følgelig hvem som eventuelt skal dekke slike kostnader.

I NS 8405 pkt. 36.2 heter det at *tilkomstutgifter* skal dekkes av entreprenøren. Dette dekker blant annet utgifter til neddriving av utførte arbeider for å kunne utføre utbedringen, og selvsagt også utgifter til oppbygging av det som er nedrevet. I utgangspunktet foreligger det ingen begrensning av de ”tilkomst”-arbeider entreprenøren svarer for, utover at det må foreligge en viss årsakssammenheng, jf. kravet til at utgiftene må være en direkte og nødvendig følge av mangelsutbedringen¹⁷⁷. Men det er på det rene av misforholdsbegrensningen vil gjelde også her.

Motsatte regler finnes i NF 07/NTK 07. Her fritas leverandøren fra å dekke en rekke av de praktisk viktigste kostnader tilknyttet utbedringsarbeidet, jf. art. 25.4 annet ledd. Bestemmelsen innebærer derimot ikke en begrensning mht. leverandørens plikt til å foreta utbedringsarbeider som medfører de nevnte typer kostnader – bare at han holdes økonomisk skadesløs av selskapet¹⁷⁸.

Krever mangelsutbedringen demontering av andre gjenstander enn kontraktsgjenstanden, herunder deler av denne, sies det uttrykkelig at leverandøren ikke i noe tilfelle er ansvarlig

¹⁷⁵ Kolrud mfl. (1996) s. 164

¹⁷⁶ Kolrud mfl. (2004) s. 442

¹⁷⁷ Kolrud (2004) s. 442

¹⁷⁸ Kaasen s(2006) s. 662

for kostnadene forbundet med dette¹⁷⁹. NF/NTK skiller seg med dette klart fra NS 8405 når det gjelder risikoen for tilkomstutgifter. På den annen side må det etter NF/NTK foretas en vurdering av hvorvidt den demonterte del inngår i leverandørens kontraktsytelser eller ei¹⁸⁰. Det er følgelig bare ved demontering av *andre gjenstander* enn kontraktsgjenstanden, at kostnadene dekkes av selskapet.

Heller ikke kostnader forbundet med kost og losji til havs, transport til, fra eller på feltet, tungløftoperasjoner til havs og ekstra kostnader forbundet med arbeider utført under havoverflaten kan kreves dekket av leverandøren¹⁸¹. Dette fritar ham som nevnt ikke fra å foreta utbedringer offshore eller under havoverflaten, og en annen sak er hvorvidt selskapet faktisk ønsker at han skal foreta utbedringer der. Ofte vil det være hensiktsmessig at andre leverandører som likevel arbeider til havs får oppdraget. I så fall medfører annet ledd, sammenholdt med art. 25.3 annet ledd, at leverandørens ansvar for utbedringer begrenses til nettokostnadene beregnet etter art. 13.2 etter fradrag for de utbedringstyper som nevnes i annet ledd¹⁸².

I NLM 94 finnes liknende regler. Der avhjelp av mangel medfører inngrep i, eller demontering av annet enn leveransen selv, svarer kjøperen for arbeidet og omkostningene med dette, jf. pkt. 59. Skal plikten, og eventuelt risikoen påhvile leverandøren, er dette noe som må avtales særskilt¹⁸³.

¹⁷⁹ Jf. art 25.4 annet ledd, bokstav a)

¹⁸⁰ Kaasen (2006) s. 663

¹⁸¹ Jf. art. 25.4 annet ledd bokstav b) - e)

¹⁸² Kaasen (2006) s. 662

¹⁸³ Kolrud mfl. (1996) s. 170

2.5.3 Andre utgifter

Entreprenøren svarer også for andre utgifter som er en ”direkte og nødvendig følge av mangelsutbedringen”, jf. NS 8405. pkt. 36.2 første ledd annet punktum. Bestemmelsen er generelt utformet, og dekker også de to øvrige særlig definerte områdene. I utgangspunktet innebærer regelen at alle utgifter ved utbedringen skal betales av entreprenøren, eksempelvis reise- og oppholdsutgifter, kostnader til rigg, strøm, kraft og leie av maskinpark, dersom dette er nødvendig for å utbedre mangelen¹⁸⁴.

Hvorvidt entreprenøren skal holdes ansvarlig for den enkelte kostnad vil bero på en konkret vurdering. Det avgjørende kriterium er om kostnaden kan sies å være en *direkte og nødvendig følge* av mangelsutbedringen. Direkte står her i motsetning til indirekte. En direkte følge kan for eksempel være at noe må rives for at mangelen skal kunne utbedres, mens en indirekte følge kan være inntektstap som følge av at utbedringen foregår, eksempelvis avsavnstap, manglende utnyttelse av bygningsmasse og byggherrens kontraktsansvar for andre arbeider som blir påvirket. Hvorvidt noe er nødvendig, er i større grad et skjønnstema og representerer en mer generell avgrensning¹⁸⁵.

2.6 Tidsmessige grenser

2.6.1 Rettefrist

Retting av mangler må foretas innenfor bestemte frister. Dette gjelder enten rettingen foretas som følge av et påbud eller skjer av eget tiltak. Innenfor de lovregulerte kontraktsområdene¹⁸⁶ må retting være foretatt innen ”*rimelig tid*”¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Kolrud mfl. (2004) s. 442

¹⁸⁵ Kolrud (2004) s. 442-443

¹⁸⁶ Se f.eks kjl. § 37, hvtjl. § 24 (3), avhl. § 4-10 (2) og buofl. § 32 (3)

¹⁸⁷ Simonsen (1999) s. 356

Etter NS 8405 pkt. 36.2 fjerde ledd skal byggherren ”*sette en rimelig frist*” for utbedringen. Fastsetter byggherren en frist, enten ved reklamasjonen eller senere, er entreprenøren bundet av denne, med mindre han godtgjør at den ikke gir ham en reell mulighet for å utføre utbedringsarbeidet med vanlige arbeidsmetoder og i vanlig arbeidstempo¹⁸⁸.

I NF 07 er rettefristen ”*snarest mulig*” jf. art. 25.2 første ledd, men oversittelse sanksjoneres først dersom leverandøren ikke ”innen rimelig tid” er i stand til å utbedre, jf. art. 25.3 første ledd. I praksis blir tidspunktet avtalt med selskapet¹⁸⁹.

Leverandøren plikter å foreta utbedringen ”innen rimelig tid etter at han fikk melding” om mangelen. Fristen løper fra selskapets reklamasjon i henhold til art. 25.1 annet ledd. Men det er et vilkår at selskapet uttrykkelig *krever* utbedring: En nøytral reklamasjon i form av bare en påpekning av mangelen er ikke tilstrekkelig til at fristen for utbedring begynner å løpe. Dette fordi det kan tenkes at selskapet vil motsette seg at leverandøren utbedrer og derfor bare reklamerer for å opprettholde sitt erstatningskrav i denne forbindelse. I slike tilfelle løper utbedringsfristen først fra den senere skriftlige melding fra selskapet om at det krever mangelen utbedret. Forholdet er således et annet enn etter NS 8405 pkt 36.2 første ledd, der entreprenøren uttrykkelig gis en rett til å utbedre¹⁹⁰.

NTK 07 art. 25.2 er identisk med NF 07. Det samme gjelder for art. 25.3 er, bortsett fra et par mindre redaksjonelle endringer. Det kan likevel nevnes at NTK 07 ikke stiller krav om at meldingen må komme ”fra Selskapet”. I praksis utgjør dette likevel ingen merkbar forskjell¹⁹¹.

¹⁸⁸ Sandvik (1977) s. 232

¹⁸⁹ Kaasen (2006) s. 643

¹⁹⁰ Kaasen (2006) s. 647- 648

¹⁹¹ Kaasen (2006) s. 647

I NLM 94 pkt. 56 første setning slås det fast at leverandøren ”uten ugrunnet opphold” skal avhjelpe mangelen. Forpliktelsen oppstår fra det tidspunkt han mottar ”skriftlig meddelelse i henhold til pkt. 55”. Det må understrekes at fristen gjelder den tid leverandøren disponerer for å ha avhjulpet mangelen - det er dette som må ha skjedd ”uten ugrunnet opphold” etter mottaket av reklamasjonen¹⁹².

Det kan videre bemerkes at den norske og danske versjonen av kontrakten benytter uttrykket ”uten ugrunnet opphold”, mens den finske og svenske benytter uttrykket ”med den skyndsamhet som omständigheterna påkallar”. Begge uttrykk er forankret i de konkrete omstendigheter. Det antas derfor at uttrykkene i praksis vil lede til de samme resultater, selv om det dansk/norske uttrykket legger mer vekt på leverandørens forhold og det svensk/finske på kjøperens forhold¹⁹³.

Som vi nettopp har sett, gir samtlige av standardkontraktene uttrykk for at retting av mangler må foretas innenfor bestemte frister. Men også der utbedringsretten fremstår som absolutt, det vil si uten noen tidsavgrensning, skal det normalt innfortolkes en forutsetning om at utbedringen skal skje innen rimelig tid. Dette følger av den grunnleggende avgjørelsen inntatt i Rt. 1935 s. 497¹⁹⁴. Dommen gjaldt salg av et sildoljemaskineri, som snarlig viste seg å ha en rekke mangler. Etter at verkstedet i et halvt år hadde forsøkt å utbedre manglene, annullerte kjøperen salget. Førstvoterende fremholdt at utbedringsforsøket ikke kunne pågå i ”ubegrenset tid” og han konkluderte med at ”Det maa [...] være bestemmelsenes forutsetning at selgerens plikt til å rette feilene kunde opfylles innenfor et tidsrum som ogsaa kjøperen maatte staa som rimelig”¹⁹⁵. Dommen synes å gi uttrykk for fast og langvarig praksis, og finner støtte blant annet i Rt. 1965 s. 91 og i ND 1979 s. 231 – ”Wingull”.

¹⁹² Kolrud mfl. (1996) s. 162

¹⁹³ Kolrud mfl. (1996) s. 163

¹⁹⁴ Simonsen (1999) s. 356

¹⁹⁵ Simonsen (1999) s. 357 og Rt. 1935 s. 497 på s. 499

I praksis har en for øvrig ikke alltid lagt avgjørende vekt på om noen frist formelt er satt, men har godtatt krav på erstatningskostnader hvis det er gått så langt tid etter reklamasjonen at leverandøren har hatt tilstrekkelig tid til å utføre utbedringsarbeidet. Det sentrale spørsmål blir derfor hva som anses å ligge i uttrykket ”rimelig tid”¹⁹⁶.

2.6.2 Hva ligger i begrepet ”rimelig tid”?

Felles for alle kontraktene er at fristen må vurderes ut fra en helhetsvurdering. Under NS 8405 vil en rimelig frist avhenge av karakteren og omfanget av det utbedringsarbeidet som skal foretas. Entreprenøren skal ha en rimelig mulighet til å utføre de nødvendige arbeider innen fristen. Som Sandvik påpeker, kan det være påkrevd å ta hensyn til årstiden idet en del arbeid ikke, eller bare med store ekstraomkostninger, kan bli utført om vinteren dersom man skal være rimelig sikker på et forsvarlig resultat¹⁹⁷.

Er rimelig frist satt, er denne bindende for entreprenøren, med mindre entreprenøren har krevet og har rett til samlet utbedring. Dersom byggherren ikke setter noen frist, vil nok entreprenøren likevel ha plikt til å utføre utbedringsarbeidene innen rimelig tid. Er det tale om reklamasjoner etter overtakelse, vil regelen i pkt. 36.2 sjette ledd kunne komme til anvendelse dersom ingen frist er satt¹⁹⁸.

Også i NF 07/NTK 07 beror hva som er rimelig tid for utbedringen på en helhetsvurdering. Her vil selskapets behov stå sentralt: Utbedringen må foretas så raskt at selskapet ikke påføres urimelige ytterligere belastninger på grunn av mangelen. En mangel som setter kontraktsgjenstanden ut av spill, må utbedres raskere enn en som bare innebærer en ulempe under bruken av den. I totalvurderingen kan det også inngå faktorer som hvorvidt leverandøren kan bebreides mangelen, hvor teknisk komplisert utbedringen er, og hvilke omkost-

¹⁹⁶ Sandvik (1977) s. 232

¹⁹⁷ Sandvik (1977) s. 232 og Kolrud mfl. (2004) s. 446

¹⁹⁸ Kolrud mfl. (2004) s. 446

ninger forsering av utbedringen innebærer i forhold til hvilken ulempe selskapet har ved en lengre frist. Leverandørens nærliggende behov for å kunne utbedre flere reklamasjoner under ett teller også med. Men selv om rimelighetskriteriet kan medføre at det må foretas en avveining mellom kostnaden og nytten ved rask utbedring, må det fastholdes at utgangspunktet er selskapets rimelige behov. Leverandøren har ikke krav på lengre frist bare for å slippe å foreta kostbare forseringer av utbedringer; kjernen er hans plikt til å levere kontraktsmessig¹⁹⁹.

Disse betraktninger leder også til at leverandøren ikke uten videre har krav på så lang frist at det er fysisk mulig for ham – med alle tenkelige forseringer – å utbedre. Dette følger av ordlyden ”Kan ikke Leverandøren”, som forutsetter at fristen kan tenkes oversittet av rent fysiske årsaker. Tilsvarende er det heller intet vilkår at selskapet, eller en annen leverandør ville være i stand til å overholde fristen. Men det skal mye til å godta en frist som ”rimelig” dersom ingen kan etterleve den²⁰⁰.

Hva som ligger i begrepet ”uten ugrunnet opphold” jf. NLM 94 pkt. 56 første punktum, beror på leveransens konkrete omstendigheter. En kurant utskiftning eller reparasjon krever selvsagt betydelig mindre tid enn en gjennomgripende demontering og reparasjon. Det er den tid som behøves til en objektivt sett fornuftig organisert og normalt dyktig gjennomført utskiftning eller reparasjon som er ”uten ugrunnet opphold”. Et visst slingringsmonn for uforutsette begivenheter må innrømmes; det er det ”ugrunnede opphold”; forsinkelser uten rimelig grunn, som ikke kan aksepteres²⁰¹.

¹⁹⁹ Kaasen (2006) s. 648

²⁰⁰ Kaasen (2006) s. 648-649

²⁰¹ Kolrud mfl. (1996) s. 163

3 Rettsvirkninger av misligholdt retteplikt

3.1 Oversikt

Det er særlig to situasjoner som vil utløse brudd på retteplikten. Den ene er at leverandøren ikke foretar den utbedring han er forpliktet til. Den andre er at han ikke fullfører rettingen innen ”rimelig tid”.

Overholder ikke selgeren sin retteplikt, pålegger kjl. § 34 (3) ham et rent objektivt ansvar for ”forsvarlige utgifter” ved at kjøperen lar mangelen bli rettet av andre. Ansvaret er ubetinget, og følgelig ikke underlagt begrensningene i § 40. Fkjl. § 29 har i det alt vesentlige samme innhold, men ettersom erstatningsansvar for mangler er rent objektivt i medhold av denne lovs § 33, er det imidlertid ikke gitt særregler for mislighold av retteplikten²⁰².

Likesom selgeren er entreprenøren erstatningsansvarlig for nødvendige kostnader til utbedring om han misligholder sin retteplikt. Erstatningsansvaret utløses når utbedringen ikke er foretatt innen utløpet av den fastsatte frist²⁰³. Og foruten unnlatt reparasjon, synes dette å omfatte tilfeller der entreprenøren riktignok utbedrer, men i så mangelfull skala at det må likestilles med at han ingenting hadde foretatt seg. En mangelfull utbedring gir ellers ikke byggherren rett til uten videre å sette arbeidet bort til andre. Etter buofl. § 33 utløser misligholdet utbedringsplikt også et ansvar for entreprenøren, men formelt i form av prisavslag som skal være lik ”kostnadene for forbrukeren med å få mangelen retta”²⁰⁴.

Hvis leverandøren misligholder sine kontraktsforpliktelser, er han eksponert for misligholdssanksjoner²⁰⁵. Utenfor lovregulerte forbrukerforhold, er reglene om misligholdsvirkningene stort sett deklarasjonelle, men kan likevel sies å bygge på en rettspolitisk avveining

²⁰² Hagstrøm (2009) s. 377 og 379

²⁰³ NS 8405 pkt. 36.3

²⁰⁴ Hagstrøm (2009) s. 380

²⁰⁵ Kaasen (2006) s. 595

av partenes generelle motstridende interesser. Avtalte misligholdsbegrensninger eller fraskrivelser kan således skape disproporsjonalitet i kontraktsforholdet, men det er ikke dermed sagt at slike avtaler ikke kan ha gode grunner for seg²⁰⁶.

På standardkontraktenes område vil slike regler anses bedre tilpasset kontraktsforholdets egenart, sammenlignet med de generelle reglene. Mange av kriteriene de sistnevnte regler bygger på, er sterkt skjønnsmessige; avtaler om misligholdsvirkninger kan derfor skape større forutberegnelighet i kontraktsforholdet. Et annet, men meget sentralt formål, er å sikre at et eventuelt erstatningsansvar ikke kommer i misforhold til den fortjeneste kontrakten gir. Videre vil kontraktsbaserte misligholdsvirkninger kunne avspeile de respektive parters hovedinteresser bedre²⁰⁷.

Utgangspunktet er derfor at partene står fritt til å avtale seg ut av bakgrunnsrettens ansvarsregler, herunder å beskjære dem ved å avtale ansvarsbegrensninger. Det er likevel ikke slik at enhver form for begrensning eller fraskrivelse kan godtas, og det vil kunne røkke ved den grunnleggende balanse i kontraktsforholdet dersom ansvarsfraskrivelser og – begrensninger skal kunne gjøres gjeldende i enhver ansvarssituasjon, uavhengig av den ansvarliges opptreden²⁰⁸.

Før jeg vil belyse ulike problemstillinger i tilknytning til gyldigheten av ansvarsfraskrivelser, skal jeg gi en oversikt over behovet for og innholdet i de utvalgte standardkontraktenes ansvarsbegrensninger.

²⁰⁶ Hagstrøm (2009) s. 622

²⁰⁷ Hagstrøm (2009) s. 622-623

²⁰⁸ Kaasen (2006) s. 597

3.2 Iverksettelse av andre sanksjoner?

Dersom retting ikke har funnet sted innen rimelig tid etter at mangelen er påberopt, vil kreditor kunne iverksette de øvrige sanksjonene som står til hans rådighet. I kontraktslovgivningen nevnes uttrykkelig prisavslag og hevning. Unnlatelse av å etterleve retteplikten er dessuten sanksjonert ved en særlig erstatningsform: Kreditor kan la en tredjemann utføre rettingen, og deretter kreve kostnadene dekket. Ansvarsgrunnlaget er strengt objektivt, det er med andre ord tilstrekkelig at retteplikten er misligholdt²⁰⁹. Samtlige av de kontraktslovene inneholder denne typen objektivt erstatningsansvar²¹⁰.

Det er også vanlig at regelen tas inn i standardkontraktene om tilvirkningsoppdrag, slik tilfellet er for NF 07/NTK 07²¹¹ og NLM 94²¹². Regelen i NS 8405 pkt. 36.1 annet ledd skiller seg med dette noe fra de andre tilvirkningskontraktene. Skader som oppstår på kontraktsarbeidet etter overtakelsen, anses som en mangel, forutsatt at den er en nærliggende og påregnelig følge av den opprinnelige mangelen²¹³. Det er følgelig tale om såkalte følgeskader, og den reelle begrensning er den samme som i pkt. 36.1 første ledd.

Foreligger det først en retteplikt, kan det argumenteres for at en unnlatelse av å etterleve denne plikten gir kreditor en erstatningsadgang selv der dette ikke følger uttrykkelig av avtalen. Hvis ikke, ville rettefristen bare fylle en defensiv funksjon – en tid debitor har til rådighet for å avverge de ordinære misligholdssanksjonene²¹⁴.

Avhandlingens tema åpner ikke for videre drøftelser av de alternative misligholdssanksjoner, jeg avgrenser derfor mot disse i det følgende.

²⁰⁹ Simonsen (1999) s. 360

²¹⁰ Se kjl. § 34 (4), avhl. § 4-10 (4), buofl. § 32 (4) og hvtjl. § 24 (4)

²¹¹ Jf. art. 25.3 første ledd

²¹² Jf. pkt. 62 første ledd a)

²¹³ Kolrud mfl. (2004) s. 437

²¹⁴ Simonsen (1999) s. 360

3.3 Ansvarsbegrensninger

3.3.1 Behovet for regulering

De mange og omfattende ansvarsbegrensningene vi finner i kontraktspraksis, må antas å gjenspeile et *reelt behov* for å avgrense erstatningsansvaret²¹⁵. Arbeidet i tilknytning til en offshorekontrakt eller en entreprisekontrakt innebærer åpenbare risikoer for skade på person og ting. Begge virksomhetene involverer omfattende og langvarige fysiske arbeider der det vil inntreffe større og mindre uhell. Flere kategorier personer kan tenkes skadet, blant annet ansatte hos leverandøren, selskapet, og underleverandører, samt helt utenforstående tredjemenn som ikke står i kontraktsforhold til noen av disse gruppene. Skadene kan oppstå i umiddelbar sammenheng med kontraktsarbeidet, slik som skader fra en fallende gjenstand, men også i en mer indirekte sammenheng, for eksempel som følge av en innebygget feil. Skaden kan føre til så vel direkte tap og utgifter – en ødelagt del må skiftes ut, som til indirekte tap – eksempelvis tapt fortjeneste²¹⁶.

Det er naturlig nok leverandøren som lettest kan volde skader under arbeidet, fordi det er han som utfører de fleste aktiviteter som innebærer slik risiko. Uten særskilt kontraktsregulering måtte skader under kontraktsarbeidet behandles etter erstatningsrettslige betraktninger. Leverandøren ville da blitt holdt ansvarlig for skaden dersom de grunnleggende erstatningsvilkår foreligger. En slik erstatningsrettslig håndtering av skader nødvendiggjør grundige og individuelle undersøkelser av en rekke forhold²¹⁷, og de konklusjoner undersøkelsene gir grunnlag for, vil kunne være meget skjønnsmessige. En viktig konsekvens av dette er manglende forutberegnelighet. For alle de involverte potensielle skadevoldere er det vanskelig å forutsi om de vil kunne bli holdt ansvarlige for skader i tilknytning til kontraktsarbeidet. Partene ønsker naturlig nok en sikrest mulig oversikt over hvilken risiko de

²¹⁵ Simonsen (1999) s. 377

²¹⁶ Kaasen (2005) s. 238

²¹⁷ Foreligger det omstendigheter som kan gi ansvarsgrunnlag, er det årsakssammenheng mellom skaden og disse omstendighetene, og er skaden og tapet adekvate følger av dem? Kaasen (2005) s. 238

har for selv å bli holdt ansvarlige eller stå med et udekket krav som følge av skade i tilknytning til kontraktsarbeidet. Den usikkerhet som følger av en erstatningsrettslig håndtering av skader i tilknytning til kontraktsarbeidet, kan reduseres og langt på vei fjernes gjennom kontraktsregulering av skaderisikoen²¹⁸.

For øvrig må behovet for ansvarsbegrensninger ses i sammenheng med partenes forsikringsmuligheter. For tap som rimelig lar seg forsikre, vil det i første rekke være spørsmål om hvem av partene i avtalen som skal bære forsikringsbyrden²¹⁹.

3.3.2 Ansvarsreguleringen i standardkontraktene

Normalt foretas begrensningen av ansvaret på to måter, dels på grunnlag av tapets art og dels på grunnlag av kvantitative grenser²²⁰.

Når det gjelder *tapets art*, nøyer noen av standardene seg med å avgrense generelt mot indirekte tap²²¹. NF 07/NTK 07 foretar i prinsippet en slik avgrensning, jf. art. 32.1 (det ses i denne sammenheng bort fra art. 25.4 andre ledd). Det er imidlertid foretatt en eksemplifisering av tapstyper som skal betraktes som indirekte tap i annet ledd, men bestemmelsen er ikke begrenset til disse²²². Tapt inntekt og tapt fortjeneste er klassiske eksempler på indirekte tap. Tapt produksjon dekkes ofte som inntekts- eller fortjenestetap, men kan få betydning for andre produksjonshindringer enn de som lar seg direkte måle i inntekter og fortjeneste, for eksempel tap av marked. Alternativet ”tap forårsaket av forurensning” stiller i en

²¹⁸ Kaasen (2005) s. 238

²¹⁹ Simonsen (1999) s. 377

²²⁰ Simonsen (1999) s. 374

²²¹ Begrepet indirekte tap har ikke noe entydig innhold verken i kontraktspraksis eller i litteraturen. Denne type begrensningsklausuler stiller derfor rettsanvenderen overfor oppgaven å fastlegge den nærmere ansvarsgrensen. Simonsen (1999) s. 375

²²² Simonsen (1999) s. 375

annen klasse, men også her er forutsetningen at skaden har rammet et medlem i selskapsgruppen. Tredjemannsskader faller således utenfor²²³.

Ut over dette må fastleggelsen av hva som er indirekte tap foretas på grunnlag av alminnelige erstatningsregler i og utenfor kontrakt. Et utgangspunkt kan her være kjl. § 67 (2), som definerer indirekte tap i kjøpsforhold. Noen direkte bruk av kjøpslovens bestemmelser vil imidlertid vanskelig komme på tale, i det kjøpsloven gjør ansvarsomfanget avhengig av ansvarsgrunnlaget – noe det ikke er grunnlag for å gjøre i NF 07/NTK 07²²⁴. I fabrikkasjonskontraktene løses spørsmålet av de alminnelige bestemmelsene om risikofordeling, det er derfor ikke nødvendig å foreta noen nærmere avgrensning av uttrykket ”indirekte tap”.

De fleste standardene går imidlertid mer konkrete til verks. Enkelte avgrenser mot ethvert tap utover primærskaden, slik tilfellet er for NLM 94. Etter pkt. 66 har leverandøren intet ansvar for driftstap, tapt fortjeneste eller andre økonomiske konsekvenstap. I NS 8405 defineres ansvaret til å gjelde skade på ”bygget eller anlegget”, jf. pkt. 36.5 første ledd. Ut over dette foreligger normalt ikke noe ansvar, jf. 36.5 annet ledd²²⁵.

Ansvarsbegrensningen vil ofte være supplert med en *kvantitativ grense*. NF 07/NTK 07 art. 25.4 første ledd stiller opp en grense på 15 % av kontraktsprisen. Formuleringen av bestemmelsen gjør det klart at beløpsgrensen ikke bare gjelder erstatning for tap som selskapet måtte ha, men også kostnadene leverandøren blir påført i forbindelse med utbedringsarbeidet jf. ordlyden ”ansvar for utbedringsarbeider”. Det foretas på denne måten en økonomisk avgrensning av utbedringsplikten²²⁶.

²²³ Kaasen (2006) s. 823

²²⁴ Kaasen (2006) s. 824

²²⁵ Simonsen (1999) s. 375-376

²²⁶ Simonsen (1999) s. 377 og Kaasen (1994) s. 565

I NF 07/NTK 07 begrenses altså utbedringsansvaret *både* med hensyn til typer utgifter og til at samlet beløp ikke kan overstige 15 % av kontraktsprisen, jf. art. 25.4 første ledd. Videre er «globalansvaret»²²⁷ begrenset til 25 % av kontraktsprisen, jf. art 32.2²²⁸.

3.4 Sensur av ansvarsbegrensninger

3.4.1 Oversikt

Problemstillingen i denne delen av oppgaven knytter seg til hvorvidt ansvarsbegrensninger kan settes til side der leverandøren misligholder sin plikt til å utbedre mangelen.

Ansvarsbegrensningene i kontraktspraksis bygger på en forutsetning om at slike klausuler er gyldige. Det ligger innenfor partenes privatautonomi å begrense de ansvarsregler som følger av bakgrunnsretten. Dette utgangspunktet er forutsatt i en rekke høyesterettsdommer og har kommet eksplisitt til uttrykk i Rt. 1948 s. 370 - ”Bærturdommen” og i Rt. 1994 s. 626 - ”Kai-inspektørdommen”²²⁹.

Med forankring i NL 5-1-2 ble det imidlertid utviklet en lære om at ansvarsfraskrivelser kunne stride mot ærbarhet. Meget tidlig har løftegiver derfor kunnet gjøre gjeldende regulære sviksinnsigelser mot ansvarsfraskrivelser så vel som mot andre typer avtaler. Innføringen av avtl. § 36 har likevel brakt spørsmålet om sensur av avtalte ansvarsbegrensninger i nytt lys. Slike klausuler må nå undergis en generell rimelighetsvurdering hvor det er totalbildet av en rekke enkeltfaktorer som til syvende og sist vil bli avgjørende. Grunnen til dette er at bestemmelsen gir mulighet for en helt annen fleksibilitet enn ærbarhetsregelen, som gjør det naturlig hen til den samlede belastning på partene uten å skille ut et enkelt,

²²⁷ «Leverandørens samlede ansvar for kontraktsbrudd, inklusive ansvar etter [bestemmelsene om forsinkelse, mangler og hevning] og uansett om kontrakten heves eller ikke. (art. 32.2)

²²⁸ Kaasen (2006) s. 596

²²⁹ Simonsen (1999) s. 379

mindre spørsmål. Man har derfor et langt bredere register av vurderingsmomenter i dag enn tidligere. Avtl. § 36 gir følgelig domstolene en videre adgang til å underkjenne vidtgående ansvarsbegrensninger enn tidligere²³⁰.

NL 5-1-2 er imidlertid ikke opphevet, og det ligger nok et sensurelement i ærbarhetsstanden som ikke i alle situasjoner vil være dekket av kriteriene i avtl. § 36. Se for eksempel Rt. 2004 s. 1582, der NL 5-1-2 brukes som grunnlag for å tilsidesette en avtale om å begå en kriminell handling. En av grunnene til at NL 5-1-2 ble opprettholdt, var trolig ønsket å beholde markeringen av prinsippet om avtalefrihet, og å sette dette i uttrykkelig sammenheng med viktige begrensninger. Men med den generelle form avtl. § 36 har fått, sammenholdt med at bestemmelsen tross alt gir mer detaljerte holdepunkter for sensuren, er det vanskelig å tilsidesette ansvarsfraskrivelser etter NL 5-1-2 hvis de går klar av avtl. § 36²³¹.

3.4.2 Gyldigheten av ansvarsfraskrivelser

Tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelser drøftes ikke uttrykkelig i forarbeidene til avtl. § 36. NOU 1979:32 s. 52-54 nevner eksempler på ”typetilfeller som normalt vil bli ansett å stride mot generalklausulen”, men ingen av disse gir særlige retningslinjer, bortsett fra den antydning som ligger i at det ved vurderingen av hvilke byrder kontrakten pålegger partene ”også er viktig å se hen til hvilke rettsvirkninger som inntreffer ved kontraktsmislighold”. Spørsmålet er derfor om det ”ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre gjeldende” den del av ansvars- og misligholdsreguleringen i kontraktene som fører til begrensning av leverandørens eksponering ved skadeforvoldelse og mislighold han svarer for²³².

²³⁰ Simonsen (1999) s. 380 og Bull (1988) s. 333

²³¹ Kaasen (2005) s. 245

²³² Kaasen (2006) s. 597

Et viktig hensyn når det skal vurderes om en begrensning er urimelig etter avtl. § 36, er at det bak enhver kontraktsforpliktelse bør stå en part med et visst minimumsansvar²³³. Praxis viser at allment omfattende fraskrivelser normalt underkastes en restriktiv fortolkning, også i kommersielle avtaleforhold. Domstolskontrollen er således ikke begrenset til forbrukerkontraktsforhold eller avtaler mellom parter som ikke er likeverdige, selv om det riktignok er sjelden at domstolene direkte gir uttrykk for at fraskrivelser også i kommersielle forhold²³⁴ må tolkes strengt²³⁵.

Jeg skal nå se nærmere på forholdet mellom rimelighetsvurderingen i avtl. § 36 og de utvalgte standardkontraktene.

I fabrikkasjons- og entreprisekontraktene er ansvarsfraskrivelsene ofte gjensidige, men i praksis er det først og fremst leverandøren som har glede av fraskrivelsene og begrensningene²³⁶. Utgangspunktet er at leverandørens ansvar for mangler klart er avtalt - uten forbehold - mellom noenlunde likeverdige og profesjonelle parter etter omfattende forhandlinger. Vi er således nokså klart utenfor det som i motivene til avtl. § 36²³⁷ anføres som kjerneområde for lempningsbestemmelsen: ”Det er hensynet til å beskytte den svake kontraktpart mot den annen parts misbruk av avtalefriheten som er hovedbegrunnelsen for en generalklausul”. Dette syn støttes av dommen i Rt. 2004 s. 1545, som gjaldt forsikringsvilkår i næringsforhold. Vilkårene ble i denne saken ikke ansett urimelige, blant annet under henvisning til at de inngikk i en avtalt standard ”utarbeidet av et utvalg i nært samarbeid med representanter for de berørte parter i bransjen, og at identifikasjon i vår sak heller ikke er så konkret urimelig at avtalen bør settes til side”²³⁸.

²³³ Brautaset (1998) s. 116

²³⁴ Se likevel Rt. 1961 s. 1334

²³⁵ Hagstrøm (2009) s. 631

²³⁶ Kaasen (2006) s. 597

²³⁷ NOU 1979: 32 s. 39

²³⁸ Kassen (2005) s. 247 og Rt. 2004 s. 1545, avsnitt 52

Ansvarsbegrensningsklausulene har vært vel innarbeidet i fabrikkasjonskontraktene siden offshorevirksomheten startet i Norge, og gjenfinnes også i entreprisekontraktene for byggeprosjekter på land. Klausulene må for så vidt oppfattes som uttrykk for en *fast praksis* i slike kontraktsforhold. Dette er følgelig en indikasjon på at klausulene er kommersielt fornuftige utslag av gjennomgående behov. Tapspotensialet er stort, og partene har et klart behov for forutsigbarhet med hensyn til hvor belastningen skal plasseres. I det enkelte tilfelle kan belastningen for bestilleren likevel bli svært stor ved at fullt ansvar ikke kan gjøres gjeldende, men dette er noe partene med åpne øyne har lagt opp til. Dessuten må begrensningsklausulene ses i sammenheng med kontraktens øvrige ansvarsregulering og dens sammenheng med forsikringsordningene²³⁹.

Når ansvarsbegrensningen uten forbehold følger av et sett ”agreed” kontraktsvilkår som er utarbeidet på bakgrunn av forutgående forhandlinger, taler sterke grunner for å respektere partenes ansvarsregulering²⁴⁰. Et slikt syn finner støtte i NOU 1979: 32 s. 48 hvor det fremheves at ”[e]t hovedformål med generalklausulen er å forhindre at den sterkere kontraktspart misbruker kontraktsfriheten til skade for den svakere kontrahent”. Samtidig påpekes det at man ved rimelighetsvurderingen i foretningmessige forhold må se hen til de spesielle hensyn som der gjør seg gjeldende; [e]ksempelvis vil forutberegnelighet og muligheten til å overskue en avtales konsekvenser ofte måtte tillegges en helt annen vekt enn i forhold overfor forbrukere²⁴¹.

På denne bakgrunn må det kreves ganske solide argumenter dersom det skal komme på tale å tilsidesette standardkontraktenes begrensningsklausuler etter avtl. § 36. Argumentene må knytte seg til at leverandøren kan bebreides for misligholdet – det er ellers ikke aktuelt å tilsidesette de avtalte begrensningene²⁴².

²³⁹ Kaasen (2005) s. 247

²⁴⁰ Kaasen (2005) s. 250

²⁴¹ Kaasen (2005) s. 250

²⁴² Kaasen (2005) s. 248

3.4.3 Unntak – forsett og grov uaktsomhet

Enkelte forhold kan likevel skilles ut: Leverandøren kan ikke påberope seg ansvarsgrensene dersom misligholdet er voldt av hans ledende personell med forsett. Dette gjelder i hvert fall hvis det ledende personellet opptrer med innsikt i at handlingen eller unnlatelsen ville påføre selskapet tap og på en slik måte at handlingen fremstår som hensynsløs overfor selskapet. Det er like klart at leverandøren kan fraskrive seg ansvaret for det ledende personells simple uaktsomhet – dette vil ikke være ”urimelig” i henhold til avtl. § 36²⁴³.

Også der misligholdet alene skyldes uaktsomhet, simpel eller grov, fra *andre* av leverandørens ansatte eller underleverandører, vil det vanligvis ikke bli tale om å tilsidesette klausulene. Se eksempelvis Rt. 1994 s. 626 – ”Kaiinspektør”. Dette kan imidlertid stille seg annerledes dersom selskapets ledelse sterkt klanderverdig har latt det skorte på for eksempel planlegging og tilsyn. Normalt vil begrensningen heller ikke tilsidesettes der årsaken til misligholdet er forsett hos slikt personell, dette er ikke leverandørens ”egenfeil”. Men her kan det nok tenkes modifikasjoner²⁴⁴.

Det gjenstående spørsmål er om ansvarsbegrensningen kan påberopes når misligholdet skyldes grov uaktsomhet hos leverandørens ledende personell. Temaet for vurderingen er kriteriene i avtl. § 36: Vil opprettholdelse av begrensningen her være urimelig eller i strid med god forretningsskikk?²⁴⁵.

Med forankring i Rt. 1948 s. 370 – ”Bærturdommen”, har det vært hevdet at det er adgang til å fraskrive seg ethvert erstatningsansvar, bare ikke ansvar for egen forsettlig eller grovt uaktsom skadevoldelse²⁴⁶.

²⁴³ Kaasen (2005) s. 249

²⁴⁴ Kasen (2005) s. 249

²⁴⁵ Kaasen s(2005) s. 249

²⁴⁶ Hagstrøm (2009) s. 624

Saken gjaldt en bærtur i regi av A/S Elektrisk Bureau, hvor deltakerne ble fraktet i en lastebil tilhørende bedriften. Deltakerne var gratispassasjerer og hadde på forhånd avgitt erklæring om at de ”deltok på eget ansvar med hensyn til ulykke og skade av enhver art som måtte inntreffe under og i forbindelse med turen”. Ved sjåførens uaktsomme kjøring kom flere av deltakerne til skade, og en av dem døde som følge av skadene²⁴⁷.

En enstemmig Høyesterett ”så overhodet ingen betenkelighet ved å tillate fraskrivelse av erstatningsansvar som grunnes på Norske Lov 3-21-2 eller på motorvognlovens § 30” og fant ”det klart at man ikke kan oppstille forbud mot fraskrivelse uten uttrykkelig lovhjemmel”²⁴⁸.

Saken tok utgangspunkt i dagjeldende motorvognlov av 1926, og det spørsmål saken direkte gjaldt; hvorvidt de etterlatte var bundet av ansvarsfraskrivelser som er akseptert av forsørgeren, anses nå løst i motsatt retning ved reglene i skl. § 5-1 nr.3.

Den etterfølgende rettsutvikling avspeiles i Rt. 1994 s. 626 – ”Kaiinspektørdommen”, en svært sentral høyesterettsdom om sensur av ansvarsbegrensningsklausuler etter introduksjonen av avtl. § 36. Dels blir Rt. 1948 s. 370, som tradisjonelt ble oppfattet som prejudikartet for den frie adgangen til ansvarsfraskrivelse, redusert til en avgjørelse som ”så vidt streifer spørsmålet”, dels viser 1994-dommen at fraskrivelse av ansvar for ansattes grovt uaktsomme handlinger selv i næringsforhold krever en særlig begrunnelse²⁴⁹.

Dommen tar for seg spørsmålet om ansvarsbegrensninger kan påberopes når misligholdet skyldes grov uaktsomhet hos leverandørens ledende personell, men tar ikke standpunkt

²⁴⁷ Rt. 1948 s. 370 i sammendraget

²⁴⁸ Rt. 1948 s. 370 på s. 372-373

²⁴⁹ Kaasen (2006) s. 602 og Hagstrøm (2009) s. 625

fordi det i saken var akseptert at skaden var voldt ved inspektørens grove uaktsomhet, og at han i denne sammenheng ikke var å anse som en del av spedisjonsfirmaets ledelse²⁵⁰.

Saken gjaldt hvorvidt en speditør kunne påberope seg en generell ansvarsbegrensning i spedisjonskontrakten etter at det som følge av grov uaktsomhet fra speditørens kaiinspektør oppsto en transportskade på et parti papirruller, som speditøren etter oppdrag hadde stuet i containere og skipet fra Fredrikstad til New York. Lagmannsretten fant at det var utvist et grovt uaktsomt forhold, og at det ikke var grunnlag for å skille mellom ansattes skyld og ledelsens²⁵¹. Høyesterett derimot, kom til motsatt resultat. Retten kunne ”ikke se at kaiinspektørens arbeidsoppgaver i spedisjonsbedriften var av en slik art at det i fht ansvarsspørsmålet må anses å inngå som en del av spedisjonsbedriftens ledelse”. Etter de opplysninger som forelå var hans arbeid begrenset til den praktiske håndtering av det gods spedisjonsbedriftens oppdrag medførte. At han herunder traff selvstendige beslutninger om hvordan stuingen skulle foretas, ble ikke ansett å være tilstrekkelig til identifisere ham med ledelsen²⁵².

Videre uttaltes følgende: ”Det er tale om en ansvarsregulering i en standardkontrakt fremkommet gjennom forhandlinger mellom organisasjoner som er representative for spedisjonsbedriftene og kundene. Ansvarsreguleringen bygger således på en avveining av de motstridende interesser som gjør seg gjeldende, herunder hensynet til ofreliggende forsikringsmuligheter og til hvem som er nærmest til å tegne forsikring. Ikke minst gjør hensynet til forutberegnelighet og klare og enkle løsninger seg gjeldende med styrke. Etter min mening ville der være uheldig å forrykke den ansvarsfordeling som på dette punkt følger av avtalen”²⁵³.

²⁵⁰ Kaasen (2005) s. 249-250

²⁵¹ Hagstrøm (2009) s. 625

²⁵² Rt. 1994 s. 626 på s. 630

²⁵³ Rt. 1994 s. 626 på s. 630 flg.

Avslutningsvis kan det hevdes, slik Kaasen gjør, at den nevnte dom ikke er å forstå som et uttrykk for at begrensningen *ikke* ville blitt akseptert dersom kaiinspektøren hadde vært regnet til ledelsen. En slik tolkning vil følgelig føre til at dommen lar spørsmålet stå åpent. Løsningen er imidlertid ikke klar, og teorien er sprikende på dette punkt²⁵⁴.

3.5 Kan standardkontraktenes ansvarsfraskrivelser og begrensninger settes til side?

3.5.1 Rimelighetsvurderingen

Spørsmålet om en ansvarsfraskrivelse kan opprettholdes, vil i dag bero på den skjønnsmessige regelen i avtl. § 36, supplert med den absolutte grense som følger av NL 5-1-2²⁵⁵.

Som Rt. 1994 s. 626 viser, beror dette på en sammensatt vurdering av en rekke forhold.

Sentralt i vurderingen av spørsmålet om tilsidesettelse har tradisjonelt stått *hvem* som har forvoldt tapet, *med hvilken skyld* tapet er voldt, forvolderens *innsikt i konsekvensene* av handlingen og hvilke *typer tap* som begrenses/fraskrives ansvar for²⁵⁶.

På dette grunnlag kan det trekkes ut enkelte regler. Leverandøren kan ikke påberope seg den avtalte ansvarsfraskrivelse når tapet er voldt med forsett fra hans ledende personell, forut satt at opptreden må anses som en hensynsløs tilsidesettelse av selskapets interesser. På den annen side kan han normalt fraskrive seg ansvar for konsekvenser av ledelsens simple uaktsomhet og for grov uaktsomhet hos andre enn ledelsen²⁵⁷.

²⁵⁴ Kaasen (2005) s. 250. Slik også Brautaset (1998) s. 117. Motsatt Hagstrøm (1996) s. 486.

²⁵⁵ Hagstrøm (2009) s. 625-626

²⁵⁶ Kaasen (2005) s. 258

²⁵⁷ Kaasen (2005) s. 258

Ved avgjørelsen av om leverandøren også kan påberope seg ansvarsfraskrivelse ved *egen* grov uaktsomhet, må ytterligere momenter trekkes inn i rimelighetsvurderingen. Både rettspraksis og teori er begrenset på dette området, men de identifiserer begge enkelte faktorer som må anses relevante i vurderingen²⁵⁸.

For det første er de utvalgte kontraktene avtalte standarder, såkalte «agreed documents», fremforhandlet med betydelig ressursinnsats av meget profesjonelle parter. Vi er således fjernt fra ubalanserte standarder med sterkt avvikende styrkeforhold mellom partene.

For det andre er ansvarsfraskrivelsene gjensidige. For det tredje må ansvarsfraskrivelsen ses i sammenheng med den forsikringsordning kontrakten fastsetter, ikke bare forutsetter – rimelighetsvurderingen må foretas på dette samlede grunnlag. Og for det fjerde fremstår reguleringen som en nødvendig del av en gjennomarbeidet helhet som synes kommersielt fornuftig: En ubegrenset ansvarseksposering gir ikke kommersiell mening i kontraktsforholdet av denne størrelse og type, kanalisering til forsikringsdekning synes å være en rasjonell ordning, og det er et gode å redusere behovet for eksempelvis årsaksvurderinger og individuelle tapsutmålinger²⁵⁹.

Med utgangspunkt i de ovenfor nevnte forhold, kan det således argumenteres for at de utvalgte standardkontraktenes ansvarsregulering må aksepteres. Det foreligger imidlertid uenighet blant de lærde på dette punkt. Kaasen legger til grunn at i allefall på fabrikkasjonskontraktenes område, vil ansvarsfraskrivelser kunne gjøres gjeldende også der misligholdet, skaden eller tapet skyldes leverandørens egen uaktsomhet²⁶⁰. I motsatt retning går Hagstrøm, som selv før innføringen av avtl. § 36 har påvist at det ikke finnes grunnlag for å stille opp en slik generell regel. Til støtte for dette syn hevder også Simonsen, slik Hagstrøm fremholder, at det skal svært mye til før en ansvarsfraskrivelse for ansattes grove skyld kan godtas. Det avgjørende bør være hvilken rolle vedkommende faktisk spiller og

²⁵⁸ Kaasen (2005) s. 258

²⁵⁹ Kaasen (2005) s. 258

²⁶⁰ Kaasen (2005) s. 258

hvor alvorlig kontraktsbruddet er, ikke hvilken formell plassering den ansatte har i bedriftshierarkiet²⁶¹.

Følger man Kaasens synspunkt må det altså påvises at ansvaret skyldes forsett fra leverandørens ledende personell dersom den avtalte ansvarsfraskrivelse skal falle. Mot et slikt synspunkt kan hevdes at det bak enhver kontraktsforpliktelse bør stå en part med et visst minimumsansvar; leverandøren bør følgelig beskyttes mot en fullstendig utvanning av kontraktsansvaret. Dette syn kan for øvrig forankres i alminnelige rimelighetsbetraktninger. Når et forhold stemples som grovt uaktsomt, gir det et tydelig signal om hvem som bør bære tapet. På den annen side er ikke rimelighetsbetraktningen like tungtveiende der leverandøren har mulighet til få dekket tapet på annen måte, for eksempel gjennom forsikring eller kanalisering. I slike tilfeller kan det således være grunn til å åpne for at også begrensninger i ansvaret ved egen grov uaktsomhet, bør kunne aksepteres²⁶².

En annen forankring for hovedregelen om at ansvaret for egen grov uaktsomhet ikke kan avgrenses, er at kontraktsbrudssanksjonene skal bidra til at kontrakter møtes med den tillit som er nødvendig for at de skal kunne oppfylle den oppgave de er tillagt i samfunnet og være et effektivt redskap for forretningslivet. Gis det for vid adgang til å fraskrive ansvar, vil det kunne undergrave kontraktssikkerheten. Begrensninger som er allment aksepterte i kontraktspraksis mellom profesjonelle parter, kan imidlertid ikke anses å true denne sikkerheten. Slike ordninger er presumptivt hensiktsmessige og rasjonelt begrunnet og bør ofte kunne aksepteres selv om de i unntakstilfelle kan ramme den enkelte forholdsvis hardt. Det samme gjelder avgrensninger som inngår i et større system av rettigheter og plikter i en gjennomregulert kontrakt. I disse tilfellene kan det antas at leverandøren har avveid de ulemper en ansvarsbegrensning har, mot de fordeler han har oppnådd gjennom regulering-

²⁶¹ Hagstrøm (1996) s. 473 og Simonsen (1999) s. 381

²⁶² Brautaset (1998) s. 117-119

en. Særlig der leverandøren er sikret en betydelig erstatning selv om ansvaret er begrenset, bør begrensningen – også for tilfeller av egen grov uaktsomhet – kunne aksepteres²⁶³.

3.5.2 Prinsippet i ND 1979 s. 231 Wingull

Problemstillingen her er hvorvidt tilfeller av en leverandørs mislykkede forsøk på mangelsutbedring etter levering kan tenkes å påvirke rekkevidden av ansvarsfraskrivelser. Sett i lys av voldgiftsdommen ND 1979 s. 231 (heretter Wingull), skal jeg drøfte nærmere hvordan domstolene kan tenkes å benytte ulike teknikker til sensur av avtalevilkår for å oppnå balanse i kommersielle kontraktsforhold²⁶⁴.

3.5.2.1 Saksforhold

Wingull gjaldt avtale på grunnlag av maskinleveransekontrakten ”Form 188” om levering og hovedmotorer og et remdriftsanlegg til M/T Wingull²⁶⁵. Det konkrete saksforholdet knyttet seg til salg av to fremdriftsmaskiner, samt kraftoverføringssystemet fra maskinene til skipets propellaksling. Valget av kraftoverføring var av stor betydning fordi plasshensyn gjorde det vanskelig å innmontere et tradisjonelt system med mellomakslinger. Et remdriftssystem ble valgt, til tross for at dette var utradisjonelt og lite utprøvd for skip²⁶⁶.

Installeringen tok lengre tid enn forutsatt. Allerede på første reise ble remdriftsanlegget utsatt for havari, og i løpet av de neste 18 månedene oppsto i alt 15 havarier²⁶⁷. På grunn av varmeutvikling oppsto dessuten ytterligere ulemper: 45 varmegrader i maskinrommet skaper vanskelige arbeidsforhold for besetningen og skipet kan ikke seile i tropiske strøk som følge av dette. Skipet må dessuten velge seilingsruter nær land som følge av driftsusikker-

²⁶³ Brautaset (1998) s. 119-120

²⁶⁴ Problemstillingen er hentet fra Solvang (2009) s.27

²⁶⁵ <http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftmrens?0lex/avg/nds/nds1979-0231-00029.html>

²⁶⁶ Solvang (2009) s. 30

²⁶⁷ <http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftmrens?0lex/avg/nds/nds1979-0231-00029.html>

heten. Rederiets tapte driftsinntekter ender på ca. 10 millioner kroner. Til sammenligning var kjøpesummen på remdriftssystemet beskjedne 2 millioner kroner²⁶⁸.

På dette grunnlaget krevde Wingulls rederi avtalen hevet for remdriftsanleggets vedkommende, samt erstatning for den negative kontraktsinteresse, subsidiært erstatning for tap som følge av forsinket levering og mangler ved anlegget²⁶⁹.

Vilkårene i Form 188 gikk ut på at leverandøren påtok seg utbedringer av mangler oppstått innenfor garantiperioden, som eneste beføyelse. I tillegg fantes en generell fraskrivelse av erstatningsansvar for følgeskader og avsavnstap så fremt grov uaktsomhet ikke var utvist²⁷⁰. Vilkårene var på dette punkt i samsvar med praksis – ansvarsfraskrivelser godtas normalt i kommersielle kontraktsforhold, unntatt ved grov uaktsomhet og forsett²⁷¹. Solvang hevder for øvrig at det ikke fantes holdepunkter i saken for noen grov uaktsomhet, men dette kan nok diskuteres²⁷².

Et av spørsmålene i saken var hvorvidt remdriftsproblemene overhodet kunne bedømmes som mangler under vilkårene. Retten fant at mangelsrisikoen måtte påligge leverandøren, og at kjøperen måtte ”kunne gå ut fra at anlegget kan funksjonere etter sitt formål”.²⁷³ Og som følge av dette, var det uten videre klart at mangelen var vesentlig da hevningskravet ble fremsatt²⁷⁴. Trekket det paralleller til bakgrunnsretten, ville rederiet etter dagjeldende kjøpslov av 1907 § 42 vært prisgitt en hevningsrett. Bakgrunnsrettens løsning får dermed

²⁶⁸ Solvang (2009) s. 30

²⁶⁹ <http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftmrens?0lex/avg/nds/nds1979-0231-00029.html>

²⁷⁰ Solvang (2009) s. 31

²⁷¹ Jf. pkt. 3.4.3

²⁷² Solvang (2009) s. 31

²⁷³ ND 1979 s. 231 på s. 247

²⁷⁴ Solvang (2009) s. 31

betydning som støtteargument for rettens beslutning. Videre spørsmål var hvorvidt leveransevilkårene stengte for kravene om heving og erstatning. Skulle bestilleren være prisgitt leverandørens feilslåtte forsøk på utbedring, og i ytterste konsekvens bli stående rettsløs?²⁷⁵ Voldgiftsretten svarte nei på dette, og begrunnelsen var sammensatt. Det foretas først en gjennomgang av næringens generelle aksept og bruk av standardvilkår med ulike former for ansvarsfraskrivelser, hvor det legges til grunn at slike fraskrivelser bør respekteres²⁷⁶. Deretter tilføyes det at det imidlertid ikke er sagt at fraskrivelsene kan tillegges virkning i ekstreme tilfelle som det her er tale om²⁷⁷.

Retten kommenterer så vilkårene i forhold til de mer ordinære tilfeller av mangelsutbedring: ”Tankegangen bak Form 188 er at kjøperen takket være selgerens utbedringsplikt vil få det anlegg han har krav på, og da må tåle den mindre ulempe som tidstapet i forbindelse med utbedringen foranlediger. Her kan man, med leverandøren, tale om en balansert løsning”.²⁷⁸

Videre går retten over til et sviktende forutsetningssynspunkt: ”Men forutsetningene for løsningen svikter *hvis utbedringsveien ikke fører frem*. Dette kan skyldes at selgeren forsømmer sin utbedringsplikt eller oppgir utbedringen som ugjennomførbar. I slike tilfelle *kan selgeren ikke være beskyttet av ansvarsbegrensningene i garantiklausulen*. Men det samme må gjelde hvor forsøkene stadig mislykkes; kjøperen bør kunne forlange at utbedringen blir gjennomført innen rimelig tid”.²⁷⁹ (Min utheving). Retten fant det klart at terskelen for slik ”rimelig tid” var nådd, da det til tross for stadige verkstedsopphold og omfat-

²⁷⁵ Spørsmålet er hentet fra Solvang (2009) s. 27

²⁷⁶ Solvang (2009) s. 31

²⁷⁷ ND 1979 s. 231 på s. 257

²⁷⁸ ND 1979 s. 231 på s. 257

²⁷⁹ ND 1979 s. 231 på s. 257

tende reparasjoner, halvannet år etter første avreise, fortsatt var uklart for selger hva de mange havariene skyldtes²⁸⁰.

Støtte for et slikt syn fant retten i standardkontraktens forarbeider, som ved total svikt av utbedringsplikten henviser til den nasjonale bakgrunnsrett. Når det gjaldt norsk bakgrunnsrett ble det vist til tidligere avgjørelser²⁸¹ som knesatte løsningen om hevning og erstatning ved utbedringsplikt, og når det gjaldt ansvarsgrunnlaget, ble reglene i daværende kjøpslovgitt anvendelse. Det var etter rettens syn rimelig klart at ansvaret var objektivt, selv om det riktignok forelå tvil om hvorvidt remanlegget var et genuskjøp eller et spesie kjøp. Men det ville uansett være tale om et objektivt ansvar: enten ut fra synspunkter om tilsikring av systemets funksjonsdyktighet ved spesie kjøp, eller gjennom det daværende objektive genusansvar²⁸².

3.5.2.2 Vurderinger

Kjernen i avgjørelsen er at bestilleren på et tidspunkt må kunne si at ”nok er nok” ved sviktende utbedring av en grunnleggende funksjonssvikt, og at han som en konsekvens av dette ikke bør bli stående rettsløs, det vil si uten hevnings- og erstatningsbeføyelser²⁸³. Rederiet var blitt forespeilet et remanlegg som skulle fungere etter sitt formål. Og dersom rederiet skulle bli fratatt ethvert krav på hevning eller erstatning, ville det i realiteten blitt stående rettsløs overfor det anlegg leverandøren hadde rett til å utbedre, for rederiets tid, i så og si det ”uendelige”. På den annen side kan det innvendes at rederiet ikke var forpliktet til å godta ytterligere utbedring; det kunne for egen regning skifte ut remsystemet med noe som fungerte. Men det ville i så fall bety at rederiet ville bli pålagt den fulle og hele risikoen for

²⁸⁰ Solvang (2009) s. 32 og ND 1979 s. 231 på s. 258

²⁸¹ Blant annet Rt. 1965 s. 61 og Rt. 1975 s. 478.

²⁸² Solvang (2009) s. 32

²⁸³ Solvang (2009) s. 33

den forfeilede leveransen; dvs. betaling fullt vederlag for noe som ikke holdt mål, tap oppstått som følge av svikten, og kostnader ved kjøp og installering av nytt anlegg²⁸⁴.

Fra leverandørens side kan det hevdes at det som var ment som et privilegium for bestiller; altså et krav på etterfølgende utbedring, vil medføre at leverandøren påveltes alle konsekvenser der mangelen først materialiserer seg i ettertid. Det sentrale synes likevel å være at bestiller forespeiles en vellykket utbedring ved mangler etter levering, og at svikt å så måte nettopp vil få potensielt store konsekvenser fordi bestiller nær sagt sitter med problemet i fanget. Konsekvensen av leverandørens etterfølgende utbedringsplikt kan slikt sett innebære et større ansvarspotensiale enn når mangelsbeføyelser knyttes til mangler avdekket ved levering²⁸⁵.

Wingull-prinsippet omfatter altså dette: Ved vesentlig formålsforfeiling bør avtalevilkår sensureres dersom de medfører rettsløshet for den annen part. I Wingull forsøkte ikke retten å gi noen generell formulering av et slikt prinsipp, og prinsippets rekkevidde må følgelig ses på bakgrunn av dommens konkrete saksforhold. Et viktig poeng er likevel at rederiet på et tidspunkt må kunne si at ”nok er nok”, og altså heve kontrakten. Et annet viktig poeng er at ansvarsspørsmålet ble løst i henhold til bakgrunnsretten, fordi kontrakten ikke ga noen rimelig løsning. Retten anvendte altså bakgrunnsrettens beføyelsessystem i fravær av annen fornuftig kontraktsregulering²⁸⁶.

3.5.2.3 Spor etter Wingull i teori og praksis?

Det mest nærliggende er å se etter direkte spor; det vil si hva som skjedde med de kontraktsvilkårene som lå til grunn for avgjørelsen: Form 188. At Wingull her satte spor er

²⁸⁴ Solvang (2009) s. 33

²⁸⁵ Solvang (2009) s. 33

²⁸⁶ Solvang (2009) s. 34

utvilsomt²⁸⁷. Først ble den norske versjonen, NLM 84 (senere NL 92) endret, og deretter den europeiske, som for øvrig ble hetende Orgalime. I Orgalime ble det tatt direkte høyde for at bakgrunnsretten skal kunne kobles inn, både prisavslag og hevning. Samtidig ble det tatt inn et tak på 15 % av kjøpesummen både ved prisavslag og ved erstatning i kombinasjon hevning²⁸⁸.

Orgalime-vilkårene har vært prøvet under svensk rett, i en upublisert voldgiftsdom (Strilberg) fra 2002²⁸⁹. Også denne avgjørelsen gjaldt et skip, og saksforholdet knyttet seg til konstruksjon og levering av et anlegg for lossing og knusing av steinlast. Betydelige funksjonsproblemer oppsto med gjentatte forsøk på utbedring. Visse forbedringer ble oppnådd, men systemet kom aldri opp i lovet kapasitet. Det må understrekes at saksforholdet ikke var som i Wingull, og at det ikke var tale om den samme grunnleggende forfeiling slik det i Wingull var tale om²⁹⁰.

Etter betydelige funksjonsproblemer og gjentatte forsøk på utbedring, reiste rederiet saken for voldgiftsretten med krav om erstatning for driftstap utover 15 % -terskelen i Orgalime. Rederiet vant ikke frem. Det sentrale i denne sammenheng var likevel at rederiet påberopte resultatet i Wingull som uttrykk for et generelt prinsipp i norsk rett, noe som med rimelighet viser at Wingull-doktrinen satte sine spor, og da også utover norsk rett. Det rederiet konkret anførte, var at prinsippet støttet et krav på full tapsdekning, uansett ansvarsvilkår, dersom vellykket utbedring ikke skjedde ”innen rimelig tid”.²⁹¹

²⁸⁷ Slik også Kolrud (1999) s.302

²⁸⁸ Solvang (2009) s. 38

²⁸⁹ Dom 22.november 2002, Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut, løpenr. V (080/2001)

²⁹⁰ Solvang (2009) s. 39

²⁹¹ Solvang (2009) s. 39

Rederiet vant som nevnt ikke frem, og voldgiftsretten baserte deler av sin avgjørelse på en svensk høyesterettsdom fra 1979 (NJA 1979 s. 483)²⁹². Den svenske saken var naturlig nok en nærmere rettskilde for panelet enn en norsk doktrine basert på Wingull. Det som likevel er av interesse sett fra et Wingull-perspektiv, er at retten i den svenske høyesterettsdommen kom til motsatt resultat, men med en tilnærmet lik begrunnelse som i Wingull-dommen.

Wingull har satt spor etter seg også i norsk rettspraksis. Først og fremst har dommen bidratt til dannelsen av fast praksis vedrørende sensur av ansvarsbegrensninger: Ansvarsbegrensninger må leses med den naturlige forutsetningen for øye at utbedringsplikten etterleves av selgeren innen en rimelig tid. Gjør han ikke det, vil kjøper kunne påberope seg bakgrunnsretten og kreve dekning av utbedringskostnadene²⁹³. Og som Hagstrøm viser, innebærer Wingull at selv om kontraktens ordlyd avskjærer videre heftelse, herunder hevningsrett, faller forutsetningene for risiko- og ansvarsbegrensningene bort om ikke mangelen blir utbedret²⁹⁴.

3.5.2.4 Sammenfatning

Wingull gjaldt et ekstremt tilfelle, og det sentrale i denne drøftelsen har vært å få frem at ved slike ekstreme tilfeller av oppfyllelesssvikt, vil sensur av avtalevilkår kunne rettfærdiggjøres. Både prevensjons- og reparasjonshensyn tilsier at forsøk på fraskrivelse i slike tilfeller bør kunne avskjæres for å ivareta de grunnleggende balansehensyn i kontraktsforholdet - og for å avverge at en part blir stående rettsløs²⁹⁵.

²⁹² Saken gjaldt kjøp av tellersystem for bensinpumper hvor selgeren hadde misligholdt en avtalt utbedringsplikt. Högsta Domstolen fastslo følgende: kjøper kan gjøre sine misligholdsbeføyelser gjeldende dersom selger ikke er i stand til eller vegrer seg for, å etterkomme garantert avhjelp, eller drøyer urimelig lenge med utførelsen av denne. Kjøper ble gitt medhold i hevning, men ansvarsbegrensningene ble opprettholdt i det de ikke fantes urimelige. Se Solvang (2009) s.39

²⁹³ Simonsen (1999) s. 361-362

²⁹⁴ Hagstrøm (2009) s. 389

²⁹⁵ Solvang (2009) s. 42

For å komme til det resultat Wingull-dommen beskriver, anvendte voldgiftsretten bakgrunnsrettens - i dette tilfellet kjøpslovens - regler i fravær av annen fornuftig kontraktsregulering. Dette viser følgelig at bakgrunnsrettens regler kan få avgjørende betydning også på områder der standardkontraktene regjerer. Alminnelige rettferdighets- og rimelighets-hensyn antas også å ligge bak rettens avgjørelse, jf. henvisningene til henholdsvis balanse-hensynet, og hensynet til at en part ikke bør bli stående rettsløs.

4 Kilder

Standardkontrakter

ECE 188	”General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export” 1953
ECE 188A	”General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export” 1957
Hydro 1983	”Alminnelige kontraktsbetingelser for industrileveranser, utarbeidet i samarbeid mellom Norsk Hydro a.s og Mekaniske Verksteders Landsforening”
MVL/NIFO	“North Sea Offshore Lump Sum Construction Contract, a model contract negotiated between NIFO, the Norwegian Industry Association for Operating Companies and M.V.L., the Federation of Norwegian Engineering Industries, between June 1981 and December 198”
NF 07	Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007
NLM 94	Alminnelige betingelser for levering og montering av maskiner, samt annet mekanisk, elektrisk og elektronisk utrustning i og mellom Danmark, Finland, Norge og Sverige. Utarbeidet av Hovedorganisationen Dansk Industri, Danmark, Metalliteollisuuden Keskussliitto – Metallindustriens Centralförbund r.y.,

Finland, Teknologibedriftenes Landsforening (TBL),
Norge, samt Sveriges Verkstadsindustrier, Sverige

NTK 07

Norsk Totalkontrakt 2007

NS 3401

Norsk Standard NS 3430, 1.utg. (1969)

NS 3430

Norsk Standard NS 3430, 1.utg. (1991)

NS 8405

Norsk Standard NS 8405. Norsk bygge- og anleggs-
kontrakt, 2. utg. (2008)

SBK

Standardformular av 7. oktober 1981 for kontrakt om
bygging av skip ved norske verksteder, utarbeidet av
Norges Rederiforbund og Skibsbyggerienes Landsfo-
rening

Statoil 1983

Den norske stats oljeselskap a.s Byggekontrakt Stan-
dard kontraktsvilkår. Utarbeidet i samarbeid med og
akseptert av MVL

Lover

NL 5-1-2

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15 april 1687

Skl.

Lov 13 juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning
(skadeserstatningsloven)

Hvtjl.

Lov 16 juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m.
for forbrukere (håndverkertjenesteloven)

Avhl.	Lov 3 juli 1992 nr. 93 om avhendig av fast eigedom (avhendingslova)
Buofl.	Lov 13 juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)
Kjl.	Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)
Fkjl.	Lov 21 juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)
Mfl.	Lov 9 jan 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Forarbeider

NOU 1979: 32 s. 39

NOU 1979: 32 s. 48

NOU 1979: 31 s. 52-52

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1935 s. 497

Rt. 1948 s. 370 (”Bærtur”)

Rt. 1961 s. 1334

Rt. 1965 s. 91

Rt. 1972 s. 449

Rt. 1965 s. 478

Rt. 1991 s. 719 ("Hardhaus")

Rt. 1994 s. 626 ("Kaiinspektør")

Rt. 2004 s. 1545

Rt. 2004 s. 1887

Voldgiftsdommer

ND 1979 s. 231 ("Wingull")

Utenlandske dommer

Dom 22.november 2002

Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut,
løpenr. V (080/2001)

NJA 1979 s. 48

Juridisk litteratur

Askheim (1994)

Askheim, Lars Olav, Hans Jacob Bull og Viggo

Lange: *Maritime offshorekontrakter I: Kompendium i
petroleumskontrakter*, Oslo 1994

Brautaset (1998)

Brautaset, Are: *Kontraktsreguleringen ved salg av
gass I: Norsk gassavsetning – Rettslige
hovedelementer*, Oslo 1998

Bull (1988)

Bull, Hans Jacob: *Tredjemannsdekninger i
forsikringsforhold*, Oslo 1988

- | | |
|-----------------|--|
| Hagstrøm (1986) | Hagstrøm, Viggo: <i>Avhjelp av mangler ved mislighold av kontrakter</i> , Tidsskrift for Rettsvitenskap 1986, s. 64-85 |
| Hagstrøm (1996) | Hagstrøm, Viggo: <i>Om grensen foransvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold</i> , Tidsskrift for Rettsvitenskap 1996, s. 421-518 |
| Hagstrøm (2009) | Hagstrøm, Viggo, i samarbeid med Magnus Aarbakke: <i>Obligasjonsrett</i> , Oslo 2003, 5.opplag 2009 |
| Hov (1997) | Hov, Jo: <i>Avtalebrudd og partsskifte</i> , Oslo 1997 |
| Hørlyck (1996) | Hørlyck, Erik: <i>Tilvirkningskøbet, NLM 94 – NL 92 – ECE 188 A- ECE 188</i> , Danmark 1996 |
| Kaasen (1994) | Kaasen, Knut: <i>Kommentarer til NF 92</i> , Oslo 1994 |
| Kaasen (2005) | Kaasen, Knut: <i>Ansvarsbegrensning i fabrikasjonskontrakter I: Industribygging og rettsutvikling – Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-års jubileum</i> , Oslo 2005 s. 233-258 |
| Kaasen (2006) | Kaasen, Knut: <i>Petroleumskontrakter, med kommentarer til NF 05 og NTK 05</i> , Oslo 2006, 2.opplag 2012 |

Kaasen (2012)	Kaasen, Knut: <i>Sammendrag av Petroleumskontrakter, med kommentarer til NF 05 og NTK 05</i> ” i <i>Petroleumskontrakter, Kompendium</i> , Oslo 2012
Kolrud (1996)	Kolrud, Helge Jakob: <i>Kommentar til NLM 94</i> , Oslo 1996
Kolrud (2004)	Kolrud, Helge Jakob mfl: <i>NS 8405 Kommentaarutgave</i> , Oslo 2004
Krüger (1989)	Krüger, Kai: <i>Norsk kontraktsrett</i> , Bergen 1989
Krüger (1999)	Krüger, Kai: <i>Norsk kjøpsrett</i> , Bergen 1999
Sandvik (1966)	Sandvik, Tore: <i>Entreprenørrisikoen</i> , Oslo 1966
Sandvik (1977)	Sandvik, Tore: <i>Kommentar til NS 3401</i> , Bergen 1977
Simonsen (1999)	Simonsen, Lasse: <i>Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontrakter I</i> : Jussens Venner 1999 s. 305-389
Solvang (2009)	Solvang, Trond: <i>Sensur av ansvarsfraskrivelser – Har prinsippet i Wingull-dommen (ND 1979 s. 231) satt spor etter seg?</i> Lov og Rett, vol. 48, 2009 s. 27-42
Tapper (1983)	Tapper, Jan Kaare: <i>Fabrikasjonskontrakter I: Kontrakter i petroleumsvirksomheten</i> , Oslo 1983, s.73-234

Tørum (2010)

Tørum, Amund Bjøranger: *Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise - illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten*, På Rett Grunn - Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, Oslo 2010 s. 453-489

Andre kilder

<http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftmrens?0lex/avg/nds/nds1979-0231-00029.html>